[redacted]

IVRISCONSVL.

COMMENTARIVS
IN

Duos Digestorum tractatus obscurißimos:
Quib. non est permiß. fac. test.

&

De Liberis & Postum.

EX SCHOLIS VALENTINIS.

ET MORI, NON

DVRARE  PERIRE.



LVGDVNI,

APVD CLAVDIVM SENNETONIVM.

1565.

ENIMVNDVS BONEFIDIVS
[redacted] VALEN-
tiæ [redacted] profeſſor, adole-
ſcentibus iuris ſtudioſis
S. D.



VOD eſt in veteri prouerbio (Adoleſcentes ſtudioſi) Infortunium nunquam ſolum euenire mortalibus : id nos in academia noſtra Valentina nuper experti ſumus. Nam vixdum ſire funeſto noſtro ciuili bello defuncti eramus, cùm ecce tibi peſtilentia tanta toto Delphinatu noſtro exorta eſt, vt non modò ſcholam noſtram, ſed prope etiam ciuitatem omnem abſorbuerit. Veruntamen, eſt Deo gratia. quod enim nobis in infortunio, idẽ contrà in proſperitate vſuuenit: vt ea nobis conduplicaretur. Poſteaquam enim [redacted] Iuriſconſultum clariſſimum Academiæ noſtræ inſtauratorem nacti ſumus, tum ſingulari Regis noſtri benignitate nuper factum eſt, vt eiuſdem academiæ dos altero tanto amplificaretur: ſublato Gratianopolitano impedimento, & illius ſcholæ auctoramento nobis per ſanctioris Senatus Regij decretum attributo. Itaque magna iam nos ſpes tenet fore, vt collegis aliquot in ſocietatem noſtram aſcitis, breui Academia noſtra cum ijs quæ celeberrimæ putantur, æquari poſſit ; omnibus certatim in hoc ſtudium incumbentibus. ac præſertim eodem Doctore [redacted]: cuius dictata ſcholaſtica quia cuiuſmodi ſint in vulgus notũ eſſe, permagni intereſt : paucula hæc illius in duos obſcuriſſimos Pandectarum tractatus diuulganda curauimus. vt & quod nos biennio antè de ipſo vobis polliciti eramus, cumulaté ab eo præſtitum cognoſcatis : & quid in poſterum ab ipſius induſtria expectandum ſit, exiſtimare poſſitis. Valete adoleſcentes ſtudioſi, & viri doctiſſimi laboribus, dum vobis facultas eſt, fruimini. Valentiæ XV. kal. Septemb. 1565.

[redacted]

[redacted]

IVRISCONS. COMMENTARIVS IN TIT. PANDECTARVM

Qui teſtamenta facere poſſunt, & quemadmodum teſtamenta fiant.

Lex I.

MODESTINVS *Libro ſecundo Pandectarum.*

TESTAMENTVM *eſt voluntatis noſtræ iuſta ſententia de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.*

COMMENTARIVS.



IVSTA SENTENTIA. Ἀπόδειξιν homo Græcus dicere voluit. melius Enunciationem dixiſſet: multo melius Teſtationem: vt Vlpianus cap. Inſtit. xx, Teſtamentum eſt iuſta conteſtatio. Teſtamentum enim ex potiore ſui parte definitur, cenſetur, ac denominatur. potiorem autem partem eſſe non decretum, ſeu diſpoſitionem teſtatoris: ſed ipſam teſtium conteſtationem à teſtatore factam vel ex eo patet, quod Vlpianus

pianus scribit in l.fideicõmissa,17, §.1, D. de leg. 3.q[illegible] [illegible]tato: [illegible]cr[illegible]m suum perscripserit, [illegible] [illegible]nem [illegible] scripturam hanc ne pro codicillis quidem valere. Iusta autem, triplici ratione dicitur: Primùm respectu testatoris, deinde institutionis heredũ, postremò ritus & obseruationis quæ in faciendis testamentis præscripta est. In persona testatoris hoc exquiritur, vt paterfamilias sit: propter legis verba, PATERFA. VTI LEGASSIT &c. non tantum, verum etiam, vt se patremfamil. esse exploratum habeat, neque de statu suo dubitet. l.14, & l.15, infrà eod. In institutione autẽ primum vt plene atque integre mentem ac voluntatem suam enunciarit. IVSTA enim quæ suis numeris cõstant plerumque appellamus. Itaque si cum plures nuncupare heredes vellet, vnius heredis nomine pronuntiato obmutuisset, non testamentum fecisse, sed potius facere cępisse, intelligitur. l. si is qui, 15, infrà eod. De ritibus autẽ plena sunt omnia: vt septem testes adhiberentur, omnes ciues Romani, omnes puberes: item vt adhiberentur rogati, assiduéque ad finem vsque superessent. Item vt vno contextu actionis omnia perficiantur, & testes eodem in vestigio subscribant atque obsignent: vt certis & sollem nibus verbis conciperentur, quæ Directa vocabantur. l. quoniam, 15, C. de testam. l. directas, C. de testam. manu. Hinc illud Quintiliani lib. III, cap. VI: Esse aliquid natura æquum, sed prohibitum

tum iure: vt libertas testamentorum.

De eo quod. Sic Vlpianus: Id quod sollemniter facta, vt post mortem nostrum valeat. Potuit accuratius differentia notari. nam hæc omnia & in codicillos, & in mortis causa donationes, transferri possunt: in quibus testatio iusta interponitur. l. vlt. C. de Cod. l. vlt. C. de mort. caus. don. Fiunt autem vt post mortem denique nostram valeant. Potuit igitur hæc communitas ita remoueri, DE VNIVERSO iure nostro post mortem nostram in alterum trásferendo. Nam in illis, de parte bonorum testatio fit: in hoc, de iure vniuerso. Fideicommissarii autem Codicilli prorsus exleges sunt. Potest tamen pro hac definitione pugnari: si quia verba DE EO infinita sunt, ea dicamus pro vniuersalibus valere. Vt autem quantum inter testamentum & ceteras vltimarum voluntatum species intersit, planius intelligatur, eas omnes hoc loco enumerabimus. Tredecim enim obseruauimus. Prima est: Testamentum scriptum, quod septé testium rogatorum subscriptione & obsignatione vno contextu facta constat. Secunda, Testamentum núcupatum, quod totidem testium rogatorum sola contestatione & testatoris pronuntiatione confirmatur. Tertia, Testamentum militare, quod duorum testium præsentia cótentum est. Quarta testamentum rusticanum, quod quinque testibus constat. l. vlt. C. de testam. Quinta, libellus Principi pro tribunali cum consilio sedenti

denti oblatus.l.omnium,19,C. de teſtam.Sexta, Profeſſio apud acta iudicis aut municipum.d.l. omnium. Septima, Codicilli, qui ſcripto quinque teſtium etiam non rogatorũ,præſentia con firmato valent.l.vlt.C.de codicil. Octaua, Diſpoſitio inter liberos, quæ quinque ſimiliter teſtibus contenta eſt. l.hac conſultiſſima, 21,§.ex imperfecto, & §.vlt.C.de teſtam.Nona, Donatio cauſa mortis, quæ in legatorũ & vltimarum voluntatum ordinem relata, totidem teſtibus comprobatur.l.vlt. C. de mort.cauſ.don. Decima, Epiſtola in mortis tempus obſignata, cum quis ſua manu in charta ſcripſit, ſe aliquid alicui donare: quam chartam non niſi poſt mortẽ ſuam aperiri vult.l. miles ad ſororem,75,l.cũ pater,77,§.donationis,D.de legat.ſecundo.Cuius tamen rei quinque teſtes eſſe oportere, vel ex eo intelligitur,quod in d.l.vlt.C.de codicill.ſtatuitur, vt omnium vltimarum voluntatum ne minus quinque teſtes ſint. Et de hac decima mentio fit in l.4, C.de heret. & manich. Vndecima, Rogatio legitimorũ heredum,quæ ſola nuncupatione, & quinque teſtium depoſitione conſtat.l.ex teſtamento, C.de fideicom.l. generaliter,24,§.ex teſtamento,D.de fideic.libert.Duodecima eſt, Iuratoria exactio de qua in l. vlt.C. de fideicom.cum defunctus nullis teſtibus adhibitis heredem dare facere aliquid iuſſit: eiuſq; rei iuſiurandum ab eo legatarius exigit:quæ ſanè ratio periculoſa eſt, neq; Platonis inſtitutis

ſatis

ſatis conſentanea. Decimatertia, Teſtatio apud amicos ab eo qui ægrotaret facta, de re quapiam ſingulari poſt mortem relinquẽda. l. Pamphilo, 39, §.1, D. de leg. tertio. Iam quod addidit Voluntatis, ſic intellige, Poſtremæ. nam in eodem teſtamento mutari voluntas poteſt, & qui heres ſcriptus eſt, exheres ſcribi. l. Seius, 27, Ad leg. Falci. l. paterfa. 44, D. de hered. inſti. l. vxorem, 41, §. eius heres, D. de lega. tertio. Item qui exheres ſcriptus eſt, heres ſcribi. l. ſi filium, 21, D. de lib. & poſtu. Item quæ data eſt hereditas, vel tota, vel ex parte adimi. l. 1, §. pen. D. de his quæ in teſtam. delen. Denique teſtamentum interdum non vna voluntas & ſcriptura eſt, ſed cum plures ſint, ex poſtrema cenſetur. l. ſi quis eum, 16, D. de vulg. ſubſti. l. diui, 6, §. licet, de codicill. Vnde Vlpianus in l. ſi quis, 22, D. de leg. tertio, Nemo, inquit, eam ſibi legem poteſt dicere, vt à priore ei recedere non liceat.

Lex II.

Labeo *libro primo poſteriorum Iauoleno Epitomatorum.*

In eo qui teſtatur, eius temporis quo teſtamentum facit, integritas mentis non corporis ſanitas exigenda eſt.

Commentarivs.

Eius quo. Hoc in reſponſo dubitandi cauſa duplex eſt: prior generalis eſt: quoniam plerumque

que accidit,vt mens morbo corporis affecta ſibi non ſatis conſtet:vt in l.ob quæ vitia,4,D.de ædil.edict. Si vitium, inquit, corporis vſque ad animum penetrat, fortè ſi propter febrem loquâtur aliena, vel quæ per vicos more inſanorũ deridenda loquantur, in quo ſit animi vitium, quod ex corporis vitio accidit.Itaque Paulus in l.17,infrà eo.In aduerſa,inquit,corporis valetudine mente captus eo tempore teſtamentũ facere non poteſt. quod idem traditur in l.3,C. qui teſta.fac.non poſſ. Altera dubitandi cauſa ſub his verbis ſubeſt, EIVS TEMPORIS: an teſtamentum eius qui ſana mente teſtatus aliquanto pòſt vi morbi in mentis errorem incidit, euertatur. ſed Papinianus in l.vlt.D. de iniuſt. rupt. tantum abeſſe oſtendit, vt rumpatur, vt etiam ſi in iſto mentis errore teſtamenti ſui tabulas inciderit, tamen teſtamentum non rumpat. quod idem in l.3,C.qui teſt. fac. de eo traditur, qui vi morbi oppreſſus ſibi ipſe mortem conſciuit.

Lex III.

PAPINIANVS *libro quartodecimo Quæſtionum.*

Teſtamenti factio non priuati, ſed publici iuris eſt.

COMMENTARIVS.

Teſtamenti faciendi ius non à priuato aliquo ſed à ſola lege vel conceditur vel adimitur. *Non priuati.* Aliud eſt teſtamentum, aliud te-

menti

ſtamenti factio. Teſtamentum eſt ipſum opus effectum: ἀποτέλεσμα. Factio, ius faciendi continet. ſicuti cum dicimus Iuris dictio, id eſt, iuris dicendi poteſtas: Tutoris datio, id eſt, dandi poteſtas, l.6, §.2, detut. Teſtimonii dictio, id eſt, teſtimonii dicendi ius: apud Comicum: ſeruum hominem cauſam orare leges non ſinunt: Neq; teſtimonii dictio eſt. Ignominioſo non eſt legis actio, id eſt, lege agendi ius. Rurſus, Teſtamentum inter acta priuata numeratur. Cicero Philip. II: In publicis actis, nihil eſt lege firmius: in priuatis, firmiſſimum eſt teſtamentum Hæc iuris publici eſt, hoc eſt, non vllius priuati voluntate, ſed lege certa aut conceditur aut denegatur. l.6, infrà eo. l. Paulus, 47, §.2, D. de bon. lib. l. quod bonis, 15, §.1, D. ad. l. falc. vbi ne is quidem cuius ſolius intereſt leges teſtamentarias obſeruari, poteſt quicquam de legibus teſtamentariis remittere. Rurſus priuatorũ voluntate non admitur. l. teſtamenti, 23, C. de inoffi. teſt. Quin ne per principis quidem reſcriptum reſcindi poteſt. l. ſi teſtamentum, 10, C. de teſtam.

Lex IIII.

Caius *libro ſecundo Inſtitutionum.*

Argumentum.

In teſtamento cognoſcendo prius an factio fuerit, quàm quale factum ſit exquirendum eſt.

Si quæramus an valeat teſtamentum, in primis animaduertere debemus, an is qui fecerit teſtamen-

tum habuerit teſtamẽti factionem: Deinde ſi habuerit, requiremus an ſecundum regulas iuris Ciuilis teſtatus ſit.

COMMENTARIVS.

In primis. Cauſa efficiens prior & antiquior eſt forma. Prior igitur illius quàm huius diſquiſitio & cognitio eſt. Nam ſi illa abeſt, hæc quoq; abſit neceſſe eſt. at non ſi hæc adſit, continuo & illa adeſt. tametſi ne hæc quidem vere adeſſe, ſine illa, poſſit. Denique ius teſtamenti non in ſe ipſo vertitur tantum: ſed aliunde, hoc eſt, ex iure teſtatoris præcipue pendet. Quare qui de teſtamenti iure Iuriſconſultus interrogabitur, prius de eius qui fecit iure, quam de faciendi ritu & forma inquirat, neceſſe eſt.

Factionem habuerit. Id quod duobus temporibus exquiritur: primùm, teſtamenti faciendi, deinde mortis.

Lex V.

VLPIANVS *Libro ſexto ad Sabinum.*

Argumentum.

Recte teſtatur, qui decimiquarti, quæve duodecimi anni ſupremum diem agit.

A qua ætate teſtamentum vel maſculi vel feminæ facere poſſunt videamus. verius eſt in maſculis quidem quartum decimum annum ſpectandum, in feminis verò duodecimum completum. vtrum autem exceſſiſſe debeat quis quartum decimum annum, vt teſtamentum facere poſſit: an ſufficit complesse?

plesse? propone aliquem Kalendis Ianuarijs natum, testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? dico valere. plus arbitror: etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum. iam enim complesse videtur annum quartum decimum, vt Marciano videtur.

COMMENTARIVS.

A qua ætate. Puto & QVA AETATE, scribendum: & hæc Sabini esse verba vsque ad verbum, VTRVM autem.

Vel feminæ. Vlpianus cap. Inst. xx: Fœminæ, inquit, post duodecimum annum ætatis testamenta facere possunt, tutore auctore, donec in tutela sint. Eunuchis autem etiam testamenti faciendi ius est: l. 5, C. qui test. fac poss. item Hermaphroditis, castratis & spadonibus. l. 6, infrà de lib. & postum. Paulus autem lib. Senten. III. spadones, inquit, ex tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt: id est, anno decimo octauo.

Verius est. Significat varias hac de re Iuriscōsultorum sententias fuisse: quippe, cum pubertatis tempus definitum nondum esset. Itaq; Vlpianus cap. Inst. x. nihil de ætate præfiniens: impubes, inquit, licèt sui iuris sit, testamentum facere non potest: quoniam nondum plenum iudicium animi habet. quod idem Imp. tradit in §. 2, Quib. non est permis. fac. test. Sabinum autem

Paulus ſequitur lib.ſent.III, cap.IIII.

Utrum autem. Additamentum hoc Vlpiani eſſe arbitror: qui Compleſſe annum vult cum qui ſupremum anni diem attigit: Exceſſiſſe, qui iam tranſegit.

Ipſo natali ſuo. Duplex proponitur conſultatio: prior, de die Naturali: altera de Ciuili: Naturalis eſt ab ortu ad occaſum: & duodecim horis conſtat. Ciuilis à media nocte ad inſequentis noctis partẽ mediam: & XXIIII. horis conſtat. l. more Romano, 8, D. de feriis & dilat. Ergo ſi qui Kal. Ian. natus erat, ſupremo anni decimiquarti dię lucente iam ſole teſtamentum ſcripſerit, propterea non iure teſtatus videbitur quia Annus (vt Varro ſcribit) dictus eſt vt circus: ſicuti Annulus, circulus. Ex quo ſequitur, vt Annus, nõ prius quàm orbis eius plane conuerſus ſit, numerari poſſit. Id quod in reſtituendis minoribus & temporalium actionum præſcriptionibus obſeruatur: vt à momenti ad momentum ratio ineatur. l. 3, §. minorem, D. de minorib. l. 6, D. de oblig & act. Sed ea teſtamẽtorum ratio & fauor eſt, vt iſtiuſmodi minutias repudiet. & annus in teſtatoribus non ad momentum ſed ad diem computetur: vt qui eius partem ad quam exegerit, totũ iam exegiſſe videatur. Quod idẽ & in manumiſſorum ætate fauore libertatis probatum eſt. l. 1, D. de manumiſs. & in legis Papiæ beneficio. l. anniculus, 134, D. de verb. ſignif. & in vſucapionibus. l. 6, & l. 7, D. de vſurpat.

Pridie

Pridie Kalendarum. Supremæ anni noctis posteriores ſex horæ alterius anni ſunt, qui incipit ex Kalendis: vt ait Q. Mutias apud Macrob. lib. Saturn. I, cap. III. & Gelliũ lib. III. cap. II. Itaque Kalendæ à media præteritæ noctis parte numerantur: quem Ciuilem diem appellari ſuperius ex Cenſorino docuimus: & XXXIIII. horis conſtare. Quod cùm ita ſit, mirè dixit Vlpianus PRIDIE KAL. poſt ſextam præteritæ noctis horam. ſed vel populariter illum locutum dicẽdum eſt, quaſi kalendæ à ſolis exortu cœpiſſent, vel multo cõmodius futurum fuiſſe hoc modo. Etiam ſi fecerit poſt ſextam horam noctis pridie kal. Quem verborum ordinem ipſe idem in l. I, de manumiſ. præclare ſecutus eſt, vt Noctis pridie dictum ſit, pro, Eius noctis quæ diem Kalendarum naturalem, ideſt kalendarum ſolem anteceſſit. vt ante ſolis exortum teſtamentum ſcriptum ſit. Sic malo: quàm DIE PRO PRIDIE corrigere: præſertim propter d. l. I, de manumiſ.

Lex VI.

CAIVS *Libro ſeptimodecimo ad Edictum prouinciale.*

Argumentum.

Filiusfa. ne patris quidem permiſſu teſtari poteſt.

Qui in poteſtate parentis eſt, teſtamenti faciendi ius non habet, adeo vt quamuis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure teſtari poßit.

COMMENTARIVS.

Non habet. Idem in l 3, col.penul. C.qui teſt. fac.poſ.& §.1, Inſt. Quib.non eſt permiſ. Vlpianus cauſſam adſcribit. Quia nihil ſuum habet vt teſtari de eo poſſit.cap. Inſt.xx. At mortis cauſſa donare patris permiſſu poteſt.l. tam is, 15, D. de mort. cauſ. donat. vere igitur & ſumma cauſſa eſt: quia lege XII. tab. prohibetur: quæ cum ita concepta ſit: PATERFA. VTI legaſſit &c. perſpicue filiosfa. remouet. Quin nec ab eo quidē qui paterfa.nec ne ſit, ignorat, fieri teſtamētum poſſe: ac ne codicillos quidem: patet ex l. ariſto, 9, De iur.codicil.

Quamuis pater. Cur igitur patris permiſſu donare mortis cauſſa poteſt? Quia teſtamenti factio publici iuris eſt: mortis cauſſa donatio nō eſt. Neque igitur quod alicui lex conceſſit, ei priuati hominis voluntas poteſt eripere: neque quod alicui lex negauit, id ei permittere priuatus poteſt. vt in l.3, dictū eſt. At poteſt princeps, cuius eadem quæ legis vis ac poteſtas eſt. Itaque D. Auguſtus de Caſtrenſi peculio teſtandi poteſtatē filiisfa. dedit. vti ſcribit Vlp.cap.Inſt. xx. & Iuſtinianus, §.1, Quib.nō eſt permiſ. Cauſſæ igitur conſtitutio hæc erit. Cùm filiusfa. patris permiſſu teſtamentum feciſſet, eo mortuo ſcripti heredes hereditatem petebant. Intentio igitur Agnatorum hæc fuit: Teſtamentum nullius momenti eſt D. iure ratum & iuſtum eſt Q.

Ratum

Ratum nè an irritum ſit teſtamentum? R. Quia patria poteſtas quæ teſtamenti factione illũ priuabat, ei hæc ex parte remiſſa eſt. F. At non patria poteſtas, ſed lex XII. tab. iúſque publicum ei teſtamenti factionem adimebat. Diſceptatio ex cõtrariè ſcriptis naſcitur: An cùm patriæ poteſtatis remiſſio libera ſit, tamen propter ius publicum teſtamenti factio remitti non poſſit. Reſpondetur autem, Emancipationem quidem eſſe liberam: ſed ſimul etiam indiuiduam eſſe: neque patriam poteſtatem ex parte ſolui, ex parte retineri poſſe. Niſi forte vt ſuperius diximus, principis permiſſu: cuius eadem, quæ legis, vis ac poteſtas eſt. Itaque videmus in l. ſi ab eo, C. de legit. heredib. propter reſcriptum principis contra iuris communis ordinem, Emãcipatum ius agnationis retinere, quód cum priuilegium ſit, produci ad alios non poteſt. Mirificum igitur hoc teſtamentorum ius notandum atq; obſeruandum eſt: vt qui & magiſtratus ſummos & imperia maxima gerere, ſummam denique Republicæ tenere atque adminiſtrare poſſunt, tamen teſtamẽtum facere ne permiſſu quidem patris poſſunt, Cuius rei ratio tota in eo ſolo poſita eſt: quod Lex illa conceſſit, hoc negauit.

§. *Surdus.*

Argumentum.

Surdus & mutus teſtari ſine principis permiſſu non poſſunt: ſed hoc vitium teſtamenti facto contingens, illud non vitiat.

Surdus, mutus, teſtamentum facere nõ poſſunt: ſed

sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit ratum nihilominus permanet testamentum.

COMMENTARIVS.

Surdus, mutus. Recte; cum in aliis, Surdus & mutus, & contra latinæ linguæ consuetudinē, propter verbum POSSVNT: & ad sententiam obscurè atque ambiguè legatur, quasi de eo tantum, qui simul surdus & mutus esset, ageretur.

Non possunt. Quia neque mutus, testes vt sibi operam dent, rogare: neque surdus, eosdem testimonium perhibētes audire potest, quorum vtrúque exquiritur. l. hæredes, 21, §. pen. D. Qui testam. fac. poss. Mutus præterea nuncupare heredes non potest. de quo in eiusdem l. initio.

Sed si post. Hoc idem traditur in l. confirmatur, 8, § 2, de iur. codicill. §. 23. Quib. non est permis. Dubitandi causa esse potuit, vel quia de mentis ac voluntatis suæ perpetuitate mortis tempore non constabat: in qua tamen perpetuitate & constantia vis testamēti posita omnis est: vel potius quia testamenti factio etiam mortis tempore exquiritur. Sed non est nouum vt quæ semel vtiliter constituta sunt, durent: licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt. l. in ambiguis, 85, de reg. iur..

LEX VII.

AEMILIVS MACER *libro primo ad legem vicensimam hereditatium.*

Si

Si mutus aut surdus ut liceret sibi testamentũ facere à principe impetrauerit, valet testamentum.

COMMENTARIVS.

A principe. Hoc militibus in numeris manentibus licuisse, & iure militari licuisse, Vlpianus auctor est.l.4,D. de test. milit. postea Iustinianus id quod proprio & certo priuilegio impetrandum erat, omnibus concessit.l.discretis,10, C.hoc tit.cuius hæc summa est: Qui tantummodo surdus est, nuncupare testamentum potest. qui tantum mutus, sua manu scribere.qui & mutus & surdus est, si natura, nihil potest:sin casu, manu sua scribendi potestatem habet Testator autem qui neque scribere, neque articulate loqui potest,mortuo similis est:inquit idem in l. iubemus,29,C.de testam.

Lex VIII.

GAIVS *libro septimodecimo ad Edictum Prouinciale.*

Argumentum.

Testamentum,ab eo qui seruus erat hostium,factum,non valet.Item, Aquæ,ignis interdictio, in insulam deportatio, ad ferrum,bestias,& metallum damnatio, testamentum & antè & pòst factum infirmant: at relegatio, locique alicuius interdictio, nequaquam.

Eius qui apud hostes est, testamentum quod ibi fecit,non valet,quãuis redierit.Si cui aqua & igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod antè fecit:nec id quod postea fecerit.Bona quo

quę quæ tunc habuit cum damnaretur, publicabuntur, aut ſi non videantur lucroſa, creditoribus concedetur. In inſulam deportati in eadem cauſa ſunt. Sed relegati in inſulam, & quibus terra Italica & ſua prouincia interdicitur, teſtamenti faciendi ius retinent. Hi verò qui ad ferrum, aut ad beſtias, aut in metallũ damnantur, libertatem perdunt, bonaq́ eorum publicantur. Vnde apparet amittere eos teſtamenti factionem.

COMMENTARIVS.

Quod ibi fecit. Caput hoc tranſcriptum eſt à Treboniano in §.4, Inſt. De hered. qualit. & diff. Huius autem prioris partis ratio eſt hæc, quia cũ ſtatus eius fixus & certus non ſit, ſed ex incerto futuri temporis euentu pendeat, iis actionibus, quæ ciuium R. propriæ ac præcipuæ ſunt, vti non poteſt. Vnde Vlp. l.10, De teſt. mil. Facere, inquit, teſtamentum hoſtium potitus nec iure militari poteſt. Quid ergo ſi antea feciſſet? Decurtatus hic Caii locus eſt: quem Imperator plenius ſic expoſuit: Sed quod dum in ciuitate fuerat, fecit: ſiue redierit, valet iure poſtliminii: ſiue illic deceſſerit valet lege Cornel. Quod autem hoc loco de hoſtibus dicitur, idem etiam in iis locũ habet, cum quibus neque amicitiam, neque hoſpitium, neque fœdus habemus: l.5, §.1, D. de captiu.

Quamuis redierit. Dubitandi cauſſa ex poſtliminii iure naſcebatur: quo reuerſus ab hoſtibus ſemper

ſemper in ciuitate fuiſſe fingitur.l.retro, D.de captiu.Sed Legis æquitas eſt,quia teſtator dum ius ſuum pendet eo iure, quod Quiritium proprium eſt, vti interea non poteſt. vt in l.in bello, 12,§.medio,D.de captiuis. vbi pater,qui apud hoſtes eſt,filii vxorem in ciuitate ducẽtis conſentire nuptiis nõ poteſt: vti nec diſſentire. Teſtamenti ergo factio in captiuo pendet. Quã uis autem redierit, tamẽ propter Catonianæ regulæ rationem teſtamentum non ex incerto futuri temporis euentu, ſed ex ipſius actionis tempore æſtimandum eſt.

Quod ante fecit. Nam propter capitis deminutionem irritum fit,l.ſi quis filio, 6, §.eius qui, De iniuſt. rupt. Sed quæri poſſet, quomodo id quod lege & rite factum eſt,propter caſum aliquem aduentitium ſine lege contraria reſcinditur? Reſpondendum igitur,verè contrariam legem interuenire: nemini enim aqua & igni ſine lege magno comitiatu lata interdicebatur: vt in x 11 tab.docuimus.

Poſtea fecerit.In ea conditione. Reſtitutus autem teſtamenti quoque factionem recuperat.l. vlt.C.de ſent.paſſ.

Quæ tunc habuit. Aperte igitur ea excludit, quæ poſtea quæſita ſunt. item vt apud Paulum in l.ſi mandauero.22,§.is cuius,D.mand.Contra tamen Alexãder Imp.in l.2,C.de bon.proſcript. Neque dici poteſt, ſuperiores leges hac conſtitutione abrogatas.nã Alexandro imperante Pau-

lus ſcripſit. Multo minus, tractare Paulum de eo cuius bona ſine capitis deminutione publicata ſunt. nam Caius hoc loco de Aquæ & ignis interdictione loquitur. videndū igitur ecquid Alexander de iis loquatur, quæ Deportatus in inſula ipſe habuit, quoquo modo ibi quæſita. Noſtri autem de iis quæ in ciuitate contigerunt: puta legitimis hereditatibus, quas non putarem ad fiſcum, ſed ad proximè inſequentem agnatum pertinere.

Non lucroſa. Ideſt occupabuntur à fiſco, ſed ſi tam multi creditores compareant, vt non lucroſa videantur, quippe quæ ſoluendo non ſit, concedentur creditoribus vt ea ſuo arbitratu vendant. Itaque nō obſtat l.non poſſunt,11, aut l.1,§.1,D.de iur.fiſc. nam occupantur quidem à fiſco: ſed primum locum creditores obtinent. Edictum autem ante ſcriptum eſt, vt ſi fiſcus videat nihil ſibi acquiri ex iis poſſe, ea creditoribus vendenda relinquat.

Relegati. Tres exilii ſpecies perſequitur: Deportationem, Relegationem, & Interdictionē. vt in Rubr.de interd.& relegat. Deportatio capitis minuit ciuitatem, iura, bona & famam eripit. cæteræ omnia hæc relinquunt: exiſtimationem tantum imminuunt, non conſumunt. l.deportatorum,8,C.de pœn.l.4,l.6, & l.7, D.de interd.relegat.l.penul.D.de var.& extraor.cogni. Exemplum teſtamenti à relegato facti, profert Caius in l.quidam,5,D.de reb.dub.

Hiuè

Hi vero. Sequitur pœnæ ſeruitus, quæ quia ſumma capitis deminutio eſt, etiam antè factũ teſtamentum euertit. De beſtiariis teſtimonium extat in l. aut damnum, §. quicunque, & l. quod ad ſtatum, 12, l. qui vltimo, 29, D. de pœn. De metallo. in d. l. aut damnum, §. 3, l. ſunt quidam, 17.

Ad ferrum. vt ferro decertet: ideſt, in arena cum gladiatoribus pugnet: quod in Comment. verb. iuris expoſui. Genus hoc ſupplicii à Conſtantino abrogatum eſt. l. 1, C. de gladiatorib.

Lex IX.

VLPIANVS *libro quadragenſimo quinto ad Edictum.*

Argumentum.

Qui ob accuſationem in cuſtodia eſt, teſtari ante damnationem poteſt.

Si qui poſt accuſationem in cuſtodia fuerit defunctus indemnatus, teſtamentum eius valebit.

COMMENTARIVS.

Defunctus indemnatus. Damnatio capitis teſtamentum euertit: at neque accuſatio, neque cuſtodia euertit. l. in fraudem. 45, D. de iure fiſc. vbi Paulus ait, Bono eorum qui in cuſtodia, vel in vinculis, vel compedibus deceſſerunt, heredibus eorum non auferri, ſiue teſtato, ſiue inteſtato deceſſerunt. Condemnatio autem propterea euertit, quia damnati bona publicantur. Quod poſterioribus temporibus inſtitutum fuit. Nam

& Cornificius lib. ad Herenn. & Cicero lib. de Inuent. II. teſtátur, certam nullam fuiſſe legem, quæ teſtamenti factionem iis qui rei capitalis iudiciati, & dánati in carcerẽ coniecti eſſent, adimeret. Quia & illud eo amplius à noſtris additur, quamuis condemnatus quis ſit, tamen ſi appellarit, & pendente appellatiòne teſtamẽtum fecerit, atque ante ſententiam deceſſerit, teſtamentum valere. l. qui à latronibus, §. 1, infrà. l. 6, §. eius qui, D. de iniuſt. rupt. Sed quænam dubitandi ſubeſſe cauſſa potuit, cùm falſa potuerit eſſe accuſatio, & benignè de accuſatis potius quàm ſecus exiſtimãdum! Et profectò ita eſt, vt in re obſcura & ambigua dubitãdi cauſſa nõ magna ſit, potiusq; hæc lex ad eos pertinuiſſe videatur quorum de crimine ita iam conſtaret vt prope conuicti eſſent & (vt ſcribitur in l. qui pœnæ, 8, D. de manumiſſ.) qui futurũ proſpiciebant, vt damnarentur. Nam cũ cõuictus prope pro damnato numeretur, præclare dubitari poterat, an illa conuictio pro damnatione habenda eſſet. Diſceptatio igitur ex iuris & æquitatis contentione nata eſt: & totum hoc partim in teſtamentorum fauorem, partim propter præſumptam innocentiæ exiſtimationem inſtitutum eſt. Excipiuntur autem qui maieſtatis aut repetundarum accuſati ſunt: quiq; mortem ſibi conſciuerunt. Nam illa manus illatio, quæ propter ſceleris conſcientiam facta iudicatur, pro condemnatione numeratur: quaſi de ſe ipſo reus pœnas

ſump

ſumpſerit.l.in fraudem,45,§.2,D.de iur.fiſci.d.l.6,§.eius qui,D.de iniuſt.rupt.& l. ex iudiciorũ,20,D.de accuſat. quanquam cum illorum duorum criminum nomine etiam poſt rei mortem condemnatio fiat, vix eſt,vt illa verè exceptio dici poſſit. Quod autem obiicitur ex l.qui pœnæ,8,D.de manumiſſ.l. poſt contractum, D.de donat. accuſatum neque manumittere, neque donare quicquá poſſe:vnde ſequitur multo minus teſtari de vniuerſo iure ſuo poſſe:Reſpõdendum eſt,meo iudicio, leges illas agere de iis qui poſtea condemnati ſunt. Nam ſi ante condemnationem deceſſerit, defendi non poteſt, eos qui teſtamentum facere poſſunt,non & libertates dare poſſe. Eamq; ſententiam noſtram confirmant illa legis poſt contractum,poſtrema verba: Si condemnatio secvta ſit. Sic enim legendum eſt: non vt in Florentinis libris, Nisi. Legis enim ſententia eſt hæc: Donatio poſt contractum crimen facta, ſi condemnatio ſubſequatur,fit irrita. Quod autem alii tradunt in fraudem fiſci manumiſſionem illam factam intelligi: & propterea locum eſſe l.in fraudem,45,D.de iur.fiſc.mihi nõ ſatisfacit.Cùm ſi damnationẽ mors anteuerterit, benigne de reo ſentiendum ſit,neque vlla fiat publicatio: ac propterea nulla de fraude querela admittatur.

Lex XI.

Vlpianvs *Libro decimo ad Sabinum.*

Obſides

Obſides teſtari non poſſunt, niſi eis permittatur.

COMMENTARIVS.

Obſides. Obſides peregrini manent. teſtamẽti autem factio iuris Quiritium eſt. Itaque verba illa Sabini eſſe arbitror: OBSIDES TESTARI NON POSSVNT. cetera Vlpiani. Primus enim Commodus conſtituit, vt obſidum morientium, tanquam captiuorum, bona confiſcarentur. l. diuus, 31, De iur. fiſc. Non mirum igitur ſi teſtari, niſi principis permiſſu, non poſſint. Teſtari autem, non vt peregrinos & populares ſuos, verùm vt ciues R. heredes inſtituant. Duobus autem modis teſtamenti factionem obſides acquirunt: primum ex certo Principis reſcripto: vt in l. noſtra: deinde, ex vſu togæ accepto: qua ratione ciuium R. ius adipiſcuntur. l. ſed ſi accepto, 32, eod.

Lex XII.

IVLIANVS *Libro quadrageſimo ſecundo Digeſtorum.*

Argumentum.

Eius qui apud hoſtes deceſſit, teſtamentum antè factum, lege Cornelia confirmatur.

Lege Cornelia teſtamenta eorum qui in hoſtium poteſtate deceſſerint, perinde confirmantur, ac ſi hi qui ea feciſſent, in hoſtium poteſtatem nõ perueniſſent. & hereditas ex his eodem modo ad vnũquem-

que

que pertinet: quare seruus heres scriptus ab eo qui in hostiũ potestate decesserit, liber & heres erit, seu velit seu nolit: licet minus propriè necessarius heres dicatur. Nã & filius eius, qui in hostiũ potestate decessit, inuitus hereditati obligatur: quamuis suus heres dici non possit, qui in potestate morientis non fuit.

COMMENTARIVS.

Lege Cornelia. Testamentaria, quam L. Cornelius Sulla victor tulit.

Confirmantur. Ante legem igitur testamenta per captiuitatem hostium, vtpote per summam capitis minutionem, irrita fiebant.

Non peruenissent. Sed mortui in ciuitate fuissent. vnde illud peruulgatum, Legẽ Corneliã fingere eum qui apud hostes decessit, captiuitatis tempore decessisse. l. in omnibus, 18, D. de captiuis. l. 1, C. de postlimin. l. iusto, 44, in fi. D. de vsurpat: vt igitur lege XII tab. mors testamentum confirmat: sic lege Cornelia, captiuitas.

Ad vnumquemque. Sic in l. lex Cornelia, 28, De vulgari subst. Ad omnes hereditates quæ ad quemque ex eorum testamento peruenire potuissent, si in hostium potestatem non peruenissent. Itemque in l. bona, 22, D. de captiuis.

Quare seruus. Cùm ad vnumquemque, hoc est, ad cuiusuis generis heredes pertineat, etiam ad necessarios pertinebit. Dubitandi caussa erat, quia mortis domini tempore in ipsius potestate non erat, quippe qui hostium ipse ser-

uus esset) verùm ei qui proximus domini agnatus erat, ex intestati caussa quæsitus.

Minus proprie. Sic de hereditate, in l. 3, De verb. signif. de liberto in l. 4, De bon. libert. Sed fictio legis Corneliæ & heredis, & hereditatũ, & liberti nomen induxit; ait l. filiusfa. 18, ad legem Falcid. l. in bello, 12, §. 1, D. de captiuis. Sane in l. captum, 9, C. de postlim. videtur ἁμάρτημα μνημονικὸν Diocletiani fuisse, cum legis Corneliæ fictio, pro ea quã postliminii esse constat, nominauit. §. interdum, Inst. de hered. quæ ab intest.

Lex XIII.

MARCIANVS *Libro quarto Institutionum.*

Argumentum.

Et à latronibus capti, & apud exteros legati testari possunt.

Qui a latronibus capti sunt, cum liberi manent, possunt facere testamentum.

COMMENTARIVS.

A latronibus. Dubitandi caussa est, quoniam in sua potestate esse non videntur. Sed non si quis in sua potestate non est, continuò paterfa. non est. l. in fraudem, 45, D. de iur. fisc. Latronum autem & hostium dissimilem esse rationem patet ex l. hostes, 24, De captiu. l. hostes 118, De verb. signif. vbi captus ab hostibus, seruus eorum fit: captus a latronibus, liber & ciuis

uis manet. Sed ratio ſumma inueſtiganda eſt. Et conſtat hanc eſſe, quia communi gentium conſenſu ius illud conſtitutum eſt: at hoc, non eſt. Itaque hoſtes definiuntur, qui & perduelles, id eſt, quibus bellum indictum eſt. Quod cùm ita ſit, non tantũ ad latrones hæc lex pertinet: verum etiam ad illa ſeruilia bella quæ cum Euno, cum Athenione, cum Spartaco geſta ſunt: itemque piratica quæ cum Cilicibus Seruilius, cum omnibus Pompeius geſsit.

§. *Item qui.*

Itẽ qui apud externos legatione funguntur, poſſunt facere teſtamentum.

COMMENTARIVS.

Apud externos. Externos dici arbitror eoſde quibus Pomponius ſcribit in l.5, §.1, D. de capt. nimirum cum quibus neque amicitiam, neque hoſpitiũ, neque fœdus amicitiæ cauſſa factum habemus. Vbi aſſcribit, id quod ex noſtro ad illos peruenit, illorũ fieri: & vicißim. Vnde dubitandi cauſſa naſcebatur, an qui apud illos legationẽ obtinet, cùm in illorũ poteſtate, nõ in ſua eſſet, teſtari poſſet. Sed diſsimilis legati & priuati hominis ratio eſt: nam priuatus qui ad externos peruenit, illorum ſeruus fit: legatorum autem corpora iure gentium ſacroſancta ſunt. l. vlt. D. de legationib. Hoc cùm ita ſit, videndum in l. 7, de captiu. nunquid negatio deſit:

vt sic legatur: Non dubito, quin fœderati & liberi, nobis nec externi sint, nec inter nos atque eos postliminium sit.

§. *Si quis.*

Argumentum.

Qui capite damnatus appellauit, testari pendente appellatione potest.

Si quis in capitali crimine damnatus appellauerit, & medio tempore pendente appellatione fecerit testamentum, & ita decesserit: valet eius testamentum.

COMMENTARIVS.

Disceptatio ex scripto & sententia nascitur: quia ius est, vt damnatio rei capitalis testamenti factionem adimat, nimirum propter bonorũ publicationem; At respondetur. damnationẽ intelligendam, quæ rata fuit. appellationẽ autem damnationem extingui constat ex fine l. 1, D. ad turpill. Qua de caussa neque huic aduersabitur, quòd dubitantibus de statu suo testamenti factio non est. vt in l. seq. nam vt ait Vlpian. l. si quis, 6, §. hi autem, de iniust. rupt. sunt hi certi status, nec ipsi de se interim incerti.

Lex XIIII.

PAVLVS. *Libro secundo Regularum.*

Argumentum.

De suo iure incertus testari non potest.

 Qui

Qui in teſtameuto domini manumiſſus eſt, ſi ignorat dominum deceſsiſſe, aditámque eius eſſe hereditatẽ, teſtamentũ facere non poteſt: licèt iã paterfamilias, & ſui iuris eſt. nam qui incertus de ſtatu ſuo eſt, certam legem teſtamento dicere non poteſt.

Commentarivs.

Aditámque. N. Libertatẽ teſtamẽto datam non ante teſtatoris mortem aditamq́; hereditatem deferri, l. 1, §. in nouiſsimo, C. de caduc. toll.

Licet iã. His verbis ſignificat tótã hâc diſputationẽ ex illo legis capite fluxiſſe: Paterfa. vtirei ſuæ legaſsit &c. Itaque diſceptatio ex ſcripto & ſententia nata eſt. Legẽ enim ſic interpretamur; quaſi non de omni patrefa. ſcripta eſſet, ſed de eo demum qui ſe patrẽfa. eſſe ſciret.

Quæ incertus. Subeſt vis argumenti ex repugnantibus Non & quis de iure ſuo incertus eſt, & certum ius de ſuis rebus ſtatuere poteſt. Teſtamentum certum eſſe oportet: neque vlla legis actio eſt; niſi cuius certum & exploratũ ius ſit. Ac nimirũ hoc illud eſt quod in definitione teſtamenti ſignificatur, Teſtamentum eſt iuſta teſtatio: ideſt, iure certo & explorato conſtans: vt in l. 1, oſtendimus. Videndum etiam ecquid cùm Certam legem dicit, ad illud xii Tabularũ verbũ alludat: legassit.

quo in verbo legis vim inesse in Cōment. verb. iuris docuimus.

Lex XV.

VLPIANVS *Libro duodecimo ad Edictum.*

De statu suo dubitantes, vel errantes, testamentum facere non possunt, vt Diuus Pius rescripsit.

COMMENTARIVS.

Dubitantes vel errantes. Aliud igitur esse statuit, ignorare, aliud dubitare, aliud errare. vt certus paterfa. is demum dicatur, qui neque errat, neque ignorat, neque dubitat. Summum enim gradum error obtinet. plus enim est errare, quam aut ignorare, aut dubitare. Errat, veluti legatus qui se hostium seruum putat, l. 1, de legat. tertio. item filiusfa. qui se patrēfa. esse putat, l. 1, §. exigit, de bon. poss. secund. Ignorat, veluti seruus manumissus, qui hereditatem aditam fuisse nescit: item (vt Vlpianus docet cap. Inst. xx) qui patre peregre mortuo nescit se sui iuris esse. Dubitat, qui vtrum ab hostibus, an a latronibus captus sit, incertus est, l. 1, D. de legat. tertio. item filius, in ciuitate, qui vtrum pater ab hostibus reuersurus sit, an non, ignarus est, l. 2, §. 2, D. vnde legitim. Vsqueadeo autē certum testatoris statum esse oportet, vt etiam qui de ipsius statu dubitat, adire hereditatem non possit, l. heres, 30, & ll. seq. D. de acq. heredit.

Lex

Lex XVI.

POMPONIVS. *Libro ſingulari Regularum.*

Argumentum.

Teſtamenti factionem habere dicitur, cui quid relinqui teſtamento poteſt, quamuis teſtamentum facere non poſſit.

Filiusfamilias & ſeruus alienus & poſtumus & ſurdus teſtamenti factionem habere dicuntur. licet enim teſtamentum facere non poſſunt, attamen ex teſtamento vel ſibi vel aliis adquirere poſſunt. Marcellus notat: Furioſus quoque teſtamenti factionem habet, licèt teſtamentum facere non poteſt. Ideo autem habet teſtamẽti factionem, quia poteſt ſibi adquirere legatum, vel fideicommiſſum. nam etiam compotibus mentis perſonales actiones etiam ignorantibus adquiruntur.

COMMENTARIVS.

Seruus alienus. Hoc idem Iuſtin. exemplum profert, §. teſtamenti, 3, de hered. qual. & diff. Sed multo cõmodius Vlpianus cap. Inſtit. xxii. Seruos heredes inſtituere poſſumus, noſtros cũ libertate: alienos, ſine libertate: cõmunes cum libertate, vel ſine libertate. Multo vero & certius & verius quod ſequitur: Alienos ſeruos heredes inſtituere poſſumus: eos tamen, quorũ cũ dominis teſtamenti factionem habemus.

Et poſtumus. Sane in poſtumum quæ ſubiungitur ratio non conuenit: LICET enim teſtamentum facere non poſsunt. Nam ſi impubes

eſt

eſt, non quia poſtumus eſt, ſed quia pubes nõ eſt, facere teſtamentum non poteſt. Itaque diſputari poſſet, vocem MVTVS multo commodius huic loco conuenire. præſertim cùm plerumq; in hoc genere diſputationum mutus & ſurdus coniungantur. Mouet me tamen omnium librorum auctoritas, ſed multo maxime Inſtitutionum conſenſus: d. §. teſtamenti, de hered. qualit. vbi & ſic legitur, & pro ſurdi exẽplo quod hoc loco proponitur, muti exemplum profertur. Videndum igitur ecquid nota ſuperior ALIENVS, coniunctè ad vocem Poſtumus pertineat. Nam hic certe diſputationi de poſtumis ſuis, nullus locus eſt: partim quia eos inſtitui non modo licere, verum etiã oportere, nimium iam in vulgus notum ac peruulgatum erat. partim etiam quia vetus illa locutio de qua hic agit Pomponius, Teſtamenti factionem cum teſtatore habere, conuenire in poſtumos ſuos non poteſt. Sed nihilo magis, hac interpretatione recepta, ſuperior ille ſcrupulus eximetur: quòd ſubiecta ratio conuenire in poſtumum non poteſt: niſi forte POSTVMVS INFANS adiectiue, apud Imperatorem, non coniunctiue, legamus.

Factionem habere. Huius rei niſi auctorem Pomponium haberem, credidiſſem equidem veteres leges ita potius locutas, vt dicerent, His, vel Cum his teſtamenti factionẽ eſſe: potius quàm Hos habere. Sed iam morbum om-

nem animaduerto. nã Vlpianus cap. Inst. xxii. Heredes, inquit, institui possunt, qui testamẽti factionem cum testatore habent. Non igitur simpliciter & præcise veteres ita loquebantur, Filiosfa. testamenti factionem habere: sed plene & coniuncte, Habere cum aliquo.

Facere non potest. Nisi quo tẽpore furor eius intermissus est. l. furiosum, 9, C. qui test. fac. poss. §.2, Quib. non est permiss.

Acquirere legatum. Huic Marcelli notæ alteram eiusdem & auctoris & generis aptandam esse ex l. furiosus, 63, De acq. hered. etiam ab aliis obseruatum est. Testamentum autẽ quod ante furorem factum erit, valebit: vt infrà l. qui testamento, 20, §.4, eod.

Lex XVII.

PAVLVS *Libro tertio sententiarum.*

In aduersa corporis valetudine mente captus, eo tempore testamentum facere non potest.

COMMENTARIVS.

Hoc quicquid est, expositum est sub l. 2, suprà, eod. Extat ante hæc Pauli sententia in lib. eiusdem sentent. iii, cap. iiii.

Lex XVIII.

VLPIANVS *Libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Interdictio bonorum testamentum post factum infirmat: antè

antè vero nequaquam: quin & testem in alterius esse testamento prohibet. N. Cui testamenti factio adempta est, is nec testis adhiberi testamentis potest.

Is cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest: & si fecerit, ipso iure non valet. quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat.

COMMENTARIVS.

Is cui. Sabini verba produci arbitror vsque ad versum, Meritò. Nam Vlpiani nota particula. ERGO indicari videtur illa superiora autem omnia sententiosa & plane Sabiniana sunt.

Lege interdictum. Lege XII. tab. vt in l. 1, D. de curat. fur. Idque traditur ab Vlpiano cap. Inst. XXII. Dubitandi caussa, multiplex esse potuit. prima hæc est, quod cum testamenti factio iuris sit publici, & lege concessa, Prętor eam pro imperio adimere non potuit. Respondetur, ergo non Prætoris, sed legis ipsius hanc interdictionem esse. Prætorem autem viuam legis vocem fuisse. Altera caussa hæc fuit: quia cum in interdictionis formula commercii verbum vsurpetur, ad eas dumtaxat alienationes quæ inter viuos fiunt, pertinere videbatur. Nã illam Vlpiani rationem, Cum ei commercium ademptũ sit, familiã mancipare nõ potest: quia mos ille sublatus est, omitto. Tertia dubitandi subesse caussã poterat, quoniam aliud est administratio

ministratio, de qua legis interdictum est, aliud Testamentaria dispositio. Sed cum in formula etiam illud addatur EA RE INTERDIÇO, cō sentaneū est, nullū ei ius in eas res vllą ex parte relinqui. Atenim (dixerit aliquis) minor qui sub curatore est, neque bonorum suorum administrationem habet, testamentū tamen etiā sine curatoris auctoritate potest facere. l. aurelio, 20, §. 1, D. de lib. legat. Sed respondendum est, prodigos, quantum ad bona ipsorum attinet, furiosis comparari: & (vt ait Imp.) furiosum facere exitum. l. his qui, 12, in fin. D. de tut. & curat.

Ipso iure. Quippe cùm contra leges interdictum factum sit.

Vetustius. Idem traditur in l. 1, §. si quis autem, D. secund. tab. vbi traditur, regulam qua exigitur vt & testationis & mortis tēpore testamenti factio sit, exceptionem in superueniente furore, & bonorum interdictione recipere. quippe, cum capitis diminutio his casibus non contingat. Vitia igitur insita, capitis scilicet deminuti, testamenti factionem adimunt: externa autem non adimunt. Sed, vt ad quæstionem nostram redeamus, quid si cum iam apertè prodigus esset, quamuis interdictum illi nondum fuisset, testamentum fecerit? vti de apertè prodigis agitur in l. tres tutores, D. de admin. tut. denique quid si mentis illius suæ leuitatem, temeritatem, stultitiam in eo testamento

iam aperte ostenderit? Ergo hoc quidem intelligendum est, vnde huius quoque iuris æquitas perspicietur, nimirum testamenti factioné iuris esse publici: neque id quod lege factú est, (hoc est sine vllo legis interdicto) nisi contraria lege rescindi posse. Hoc autem loco illud asscribendum est, quod Paulus lib. Sent. 3. cap. 4, commemorat: Prodigum, recepta vitæ sanitate ad bonos mores reuersum & testamentum facere, & ad testamenti sollemnia adhiberi posse. Idque, vt opinor, ipso iure: quemadmodum ipso iure in potestate curatoris esse desinit l.1, D. de cur. fur.

Meritò ergò. Verba hæc Vlpiani esse non dubito: suo more, idest perplexe, & obscure ratiocinantis. Obseruandum igitur, prodigis dicendi testimonii ius non fuisse, quippe, cum eorum nequitia nominatim à Prætore damnata maculam illis aliquam afferret: vnde illud legis Rosciæ, vt decoctoribus certus in theatro locus constitutus esset. Sed & Valerius lib. 3, cap. 1, non obscure significat, Q. Fabiú, Q. Maximi filium dedecore affectum fuisse, cum ei Q. Pompeius Prætor Vrbanus paternis bonis interdixisset. Ac Vlpianus quidem cap. Inst. xx, mutos, surdos, furiosos, pupillos, & fœminas ab hoc testimoniorum genere submouens, prodigorú mentioné omittit. Paulus verò lib. Sent. 3, Prodigus, inquit recepta vitæ sanitate ad bonos mores reuersus & testamentum facere,

re, & ad testamenti sollemnia adhiberi potest. Sed Vlpiani ratiocinatio perplexa, vt dixi, & obscura est: cùm & testamenti factionem acquirendi quidem caussa prodigus habeat, l. mutum, 5, D. de acquir. heredit. neque filiusfa. cui testamenti ius non est, à testimonio remoueatur. Ergo huius sententię rationem Vlpianus potius quàm ipsam sententiam spectauit. Ratio enim cur testamenti faciendi potestatē non habeant, hæc est, quoniam nequitię damnati dedecore aliquo affecti sunt quasi Vlpianus sic scripsisset: Cùm neque testamenti factionem propter nequitiam suam habeant.

§. *Si quis.*

Argumentum.

Ob carmen famosum damnatus, neque testari, neque testamentis adhiberi testis potest.

Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, vt intestabilis sit. Ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

Commentarivs.

Intestabilis. Vlpianus legi Cornelię id assignat in l. lex, 5, §. pen. De iniur. sed probabile est tandem etiam Senatusconsulti sanctionem fuisse. Idem autem traditur in l. ob carmen, 21, D. de testib. Sed queri video, an ei qui intestabilis esse iussus est, relinqui aliquid per testamentum posit. Et cùm heredi post testatoris

mortem testimonium dicatur: Intestabili autem non dicatur: probabilius est, nihil ei ciuis R. testamento relinqui posse.

Quæritur etiam de infamibus, an eadem eorum quæ intestabilium ratio sit: de quo disputare nos non sinit l. 1, C. de secund. nupt. l. testamento, 33, D. de testam. milit. vbi de testamento ab infami facto ius dicitur. Aliud est enim infamem, aliud intestabilem esse.

Lex XIX.

MODESTINVS *Libro V. Pandectarum.*

Seruius quoque Sulpitius negabat tabulas testamenti esse eas quas instituisset is qui factionem testamenti non habuerit, vt ait Cic. Epist. fam. lib. 17. Epist, 22,

Si filiusfamilias aut pupillus aut seruus tabulas testamenti fecerit, signauerit: secundum eas bonorum poßeßio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut pupillus pubes, aut seruus liber decesserit. quia nullæ sunt tabulæ testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habet.

COMMENTARIVS.

Licet sui iuris. Quia lex XII tab. & testamentis & ceteris omnibus legitimis actionibus vim ex præsentis temporis statu, non ex incerto & fortuito posteri temporis euentu, tribuit. alioqui earum ius incertum & fortuitum esset. quam ad rem Catoniana regula pertinet. vnde illud

illud Ser. Sulpitii, & Offilii, apud Ciceronem lib. VII. Epist. fam. neque testamenti tabulas eas esse, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit: neque verum esse, bonorum possessionem secundum eas tabulas dari posse. Idémque traditur in l. 1, §. exigit, D. de bon. secund. tab. vbi Prætor exigit, vt is cuius bonorum possessio datur, vtroque tẽpore ius faciendi testamenti habuerit: & cum facit testamentum & cum moritur. Interdum tamen ex æqui & boni ratione contra iuris summi regulas tabulæ conualescere iudicantur: vt l. filio, 17, D. de iniust. rupt. l. qui soluendo, 42, De heredib inst. Sed ea tota res dirigi ad certum aliquod ius non potest: sapientiæ & æquitati iudicium committenda & permittenda est.

Lex XX.

Argumentum.

Heres testamento adhiberi testis non potest. Legatarius & tutor, nisi in testatoris manu sint, possunt. Item, Ei qui de castrensi peculio testatur, & pater, & frater adhiberi testes possunt.

Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. quod in legatario, & in eo qui tutor scriptus est, contrà habetur. hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediat: vtputa si impubes, si in potestate sit testatoris. Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est: verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus: quamuis

placeat hunc seruum non esse: sed vinculo quodam retineri donec pretium soluat. Per Contrarium quæri potest, an pater eius qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. & Marcellus libro decimo Digestorum scribit posse. & frater ergo poterit.

COMMENTARIVS.

1 *Qui testamento.* Sabini sententia vtrum hac enuntiatione comprehendatur, an verò vsque ad §. Potestatis perducatur, nō facile dixerim. quanquam & proxima verba olere Vlpianum videntur: & ius hoc de legatariis posterius Sabino fuisse, mox docebimus. Verum vtcūque sit, aduersari huic sententiæ videtur, quod Imp. scribit in §. sed neque, 5. De testam. vbi ait, veteres heredibus permisisse, testimonium præstare: licet hoc iure minime abuti eos debere suadebant. Quod si de iis testamentis Sabinū loqui dicimus, quæ non secretò, & per æs & libram: sed palam aut scribebantur, aut nuncupabantur: tamen illud rursus pugnabit, quod in Miloniina Cicero, de Cyri architecti testamento sic scribit: Vna fui, testamentum simul obsignaui cum Clodio: testamentum autē palam fecerat, & illum heredem & me scripserat. Videndum igitur, cum Iustinianus testetur, incertum hoc ius apud veteres fuisse, recténe dici posset, Sabinum in ea parte Iurisconsultorum fuisse, qui heredum testimonia in iis quidem

quidem testamentis quæ palam fiebant, improbabant.

In legatario. Ius hoc vsque ad Scæuolæ Ceruidii ætatem ambiguũ fuisse, huius autem auctoritate constitutũ, Impp. Arcad. & Hon. significant in l. 3, in fi. C. TH. de testament. Itaque Marcianus in l. si quis ita, 14, D. de reb. dub. Trebatii & Pomponii sententiã Ceruidianæ cõsentaneã ita profert, quasi nondũ certã & planè cõstitutã: quin ne Iustinianus quidẽ sub tit. De testã. §. legatariis, de eo iure quasi admodũ certo & explorato loqui videtur. Dubitãdi enĩ caussa perspicua erat: cum in rem suam legatarius adhiberi testis videretur, æquitatem autem Iustinianus eodem loco hanc affert: Quia non iuris successores sunt, quasi verò aliis in rebus in quibus singulare aliquod negotium geritur, adhiberi testes possimus. Quin etiam falsi genus fuisse, si quis legatum sibi adscriberet: idque lege Cornelia facitum: nemo ignorat ex Rub. D. ad. leg. Cornel. de fals. Pomponius autẽ rationem hanc protulit: Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis. Quod sic interpretor, quasi diceret: Cùm res ex potiore sui parte censeantur, ac denominentur, pars illa in qua legata sunt, proprie testamentum dici non potest. Testamentum enim est, vbi heredis institutio est. l. vlt. D. de iure codicil. itaque legatarii non tam donationem & negotium illud suum, quã ipsum testamentum confirmare videntur, præ-

fertim cùm legata nõ tam ab ipso testatore, neque tam de ipsius bonis, quàm ab herede, & ex ipsius fortunis proficiscantur. Non igitur legatarii res præcipuè in testamentis agitur, sed heredis tantum: quippe, cum legata non tam defuncti, quàm heredis bonorum pars esse videantur. Itaque Imp. Zeno non modò testibus, verum etiam Iurisperitis qui testamenta dictabant, relinqui legata posse statuit in l. dictantibus, 22, C. de testam. Neque ad propositum pertinet, quod Plinius epist. vlt. lib. 2, veteratori cuidã Regulo iratus, scribit improbissimum falsi genus esse, aliena testamenta, ipsis quorum sunt illa, dictare, alioqui dictare nemini testamentum liceret. Sed de Regulo (vt dixi) loquitur qui hereditates & legata captans, impudenter se imperitis mulierculis testamentorum dictatorem obtrudebat: Quo de genere illud est Neronis apud Suetonium: Cautũ, inquit, ne quis alieni testamẽti scriptor, legatum sibi ascriberet.

Qui in potestate sunt. Quod cùm ita sit, sequitur, vt post emancipationem dissimilis ratio sit: hoc est, vt & filius emancipatus patri testanti, & hic vicissim illi, itémque frater emancipatus fratri testamentum condenti testis esse possit.

Vinculo quodam. Sic in l. 2, C. de postlim. reuers. l. senatus, 43, D. de legat. Horum autem eadem videtur esse conditio, quæ & Addictorũ: hoc est, inter libertatis & seruitutis statum quasi interiecta. vti patet ex Fab. Quintil. lib. 7.

Scribit

Scribis posse. Contrà Iustinianus in §.4, De testament: ita perspicuè, vt meo iudicio frustra operá in ijs conciliandis cõsumamus. Varias autem hac de re veterum sententias fuisse, Vlpianus, hoc loco non obscurè significat, atque adeo aperte ostendit: cum Marcellum huius auctorem sententiæ nominat. Neque ad rem pertinet, quod Iustinianus de eo nominatim loquitur, qui iam missus & veteranus est. Quid enim hoc ad minuendam dubitādi caussam pertinet? Tam enim in patris potestate est qui in castris est, quam qui iam missus est. Vtra igitur, dixerit aliquis, verior sententia est? Difficile quidem dictu est, sed tamen pro Marcello grauiter illud pugnat, quod cum filiusfa. in hoc genere pro patrefa. habeatur: & castrense peculium ab ea familia separatum sit, neque cum patrimonio confundatur: domesticum hoc testimonium dici non potest. quippe cum de re familiari negotium non geratur: & filiusfa. in hac caussa quasi pro extraneo vel certe pro emancipato habeatur.

§. *Quæ autem.*

Argumentum.

Non modo in testamento, sed omnino nullo in negotio, quo patri acquiratur, testis filius adhiberi potest. Item furiosus quo tempore intermissionem habet, testis adhiberi potest.

Quæ autem in testamento diximus super perhibendis testimonijs eorum qui in potestate sunt, in omnibus testimonijs accipias, vbi aliquid negotij

geritur, per quod adquiratur. Ne furiosus quidem testis adhiberi potest, cum compos mentis non sit. Sed si habeat intermissionem, eo tempore adhiberi potest. testamentum quoque quod ante furorem consummavit, valebit: & bonorum possessio ex eo testamento competit.

COMMENTARIVS.

Quæ autem. Verba hæc Vlpiani esse omnia, genus orationis arguit.

Ne furiosus. Hanc Sabini sententiam esse non dubito: vsque ad versum, Testamentum.

Compos mentis. Quæ in testationibus requiritur, non enim corporis tantum, sed & animi præsentia desideratur, furiosi autem absentium loco numerantur, l. vbi non voce, D. de reg. iur.

Eo tempore. Nam eo quoque tempore testamentum facere potest. l. furiosum, 9, C. qui test. fac. quod tamen apud veteres nondum constitutum fuerat.

Ante furorem. Vt supra l. filius fa. 16, cod. & l. 1, §. si quis autem, D. secund. tabul.

§. *Eum qui.*

Argumentum.

Mulier, item seruus, in testamentis: repetundarum verò dānatus, in iudiciis, at non in testamentis testis esse prohibetur.

Eum, qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse existimo: quoniam in iudicium testis esse vetatur.

COM-

COMMENTARIVS.

Eum qui. Sabini totam hanc sententiam esse arbitror, legendúmque vt in aliis libris omnibus, NON POSSE, vt in l. repetundarum, 15, de testib. l. 6, D. ad leg. repetund. idque etiam subiuncta ratio perspicuè ostēdit. Idem autem & de adulterii damnatis traditur in l. scio, 4, D. de testib. Quod verò de infamibus hoc loco quæritur: nondum satis exploratum est. nam etsi permultæ publicorum iudiciorum leges, damnatos, ac propterea infames, à testimoniis in publicis iudiciis dicendis non remouebant: vti scribit Papin. in l. quæsitum, 13, D. de testib. tamen maiorē in testibus ad testamenta, quàm ad alias res admittendis, religionem adhiberi, vel ex proximo §. intelligitur. Quin etiam video Quintilianum aperte scribere, ignominioso legis actionem non esse: lib. 3. cap. 6, Non habes, inquit, ius abdicandi, quia ignominioso non est actio. habeo ius, quia abdicatio non est actio. Quanquam si mei iudicii quid esset, vix certe testamentum quod ab infami obsignatum esset, propter hanc vnam caussam, repudiandum putarem: præsertim cum tantus testamentorum fauor sit. Denique præclare traditur in l. 3, D. de testib. totum illud de testibus negotium sapientiæ & religioni iudicum permittendum esse.

Quoniam in iudicium. Argumentū notatione dignum, & obseruandum. Est enim ex com-

parationc maioris: ideſt, eius quód magis conſentaneum & probabile videbatur. Si quod magis conuenire poſſe videbatur, non conuenit, &c. Magis autem cōuenire videbatur, Repetundarum damnatos ad rerum capitalium teſtimonia recipi, quàm ad teſtamentum: quia in illis rebus aut pauci, aut nulli alii teſtes ſunt: itaque penuria illos admitti cogit: at in teſtamentis faciendis abunde teſtium copia cuiuis vndecūque ſuppetit. Propterea autem notandum hoc argumentum eſt, quia cùm capitalia iudicia multo maioris ſint momēti quam teſtamenta, in quibus de fortunis tantum agitur: facilis eſſet ex ambiguo captio: quaſi Sabini ratiocinatio hæc eſſet: vt cui non licet quod maius eſt, ei non liceat quod eſt minus. quæ ratiocinatio abſurda & falſa eſt. Intelligendum eſt igitur, ſub hac Vlpiani argumētatione vim illius regulæ ſubeſſe: Cui non licet quod minus eſt, ei non licet, quod plus eſt. cum autem ad refutandum hanc comparationem inducat, neceſſe eſt, ex maiore argumentum ſumat: nam quod ex minore ſumitur, nunquam niſi ad cōfirmandum valet. Quid ergo eſt? nimirum quod in illa iuris regula, Minus appellatur, id ipſum eſt, quod dicimus magis conuenire, magis eſſe probabile, magis conſentaneum & veriſimile. Minus eſt igitur adhiberi teſtem in cauſsis capitalibus, quàm in teſtamentis: quia propter penuriā neceſsitas cogit eos ſæpe ad-

mitti, qui si esset copia non admitterentur. Quod ab exemplo facilius intelligetur. nam in testimoniis, etiam qui non rogati sunt vt ei rei operam darent, admittuntur. l. ad fidem, 11, D. de testib. at in testamentis rogari debent. l. seq. §. penult. item mulier in caussis publicis testis admittitur: at in testamentis (vt mox dicemus) non admittitur.

§. *Mulier.*

Mulier testimonium dicere in testamento quidem nō poterit. Alias autem posse testem esse mulierem, argumento est lex Iulia de adulterijs, quæ adulterij damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat. Seruus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest: cum iuris ciuilis communionē non habeat in totum, ne prætoris quidem edicti.

COMMENTARIVS.

Mulier. Hanc quoque Sabini sententiam esse, non dubito. quod verò sequitur, Alias autem, ab Vlpiano est. Cū autem de sexu hoc loco disputetur, non alienū est etiam de hermaphroditis hoc addere, si in iis virilia præualebunt, testes adhiberi testamentis posse. l. repetundarū, 15, D. de testib. Quid autem de spadone? sed cūm ille & vxorem ducere, & adoptare possit, apparet eum in virili sexu numerari.

Testimonium in testamento. Neque aduersatur, quòd testamentum potest facere: in quo tamen

men aliquanto plus est. Nam vt testamentum faciat, necesse est: vt testis adhibeatur, cũ aliorum testium copia suppetat, nihil necesse est.

Argumento est. Sic Paulus in l. ex eo, D. de testib. Contrà tamẽ Gellius lib. 6, cap. 7. nulli fœminæ dicendi testimonii ius fuisse scribit. Quæ difficultas prope inexplicabilis videtur: præsertim cum ex eo quod lege Horatia rogatum scribit, vt Terraciæ testimonii esset dictio, verisimile videatur, legẽ ea de re antiquitus fuisse. tametsi inueterata quoque consuetudo esse potuit. Considerandum igitur, ecquid hoc modo statui posset: vt in actionibus legis, idest quæ iuris ciuilis sunt, quibus in rebus leges testationem exquirerent, ad eas admitti mulieres non possent. Rerum autem aliarum testes, propter aliorum penuriam, esse possent: veluti coniurationis, l. in quæstionib. 8, D. ad leg. maiest. Quòd cùm ita sit, probabilius quoque esse arbitror, mulieres neque ad codicillos conficiendos, neque ad mortis caussa donationes, admitti. quam sententiam video ab Harmenopulo, quasi suo tempore receptam & probatam, exponi. Et profectò ita est, vt ius codicillorum, nisi quid singulariter & propriè de iis constitutum sit, ad commune testamentorum ius referri ac reuocari debeat. arg. l. 1, C. Th. de testam. vbi Constantinus testamento ciuili, idest per æs & libram, nondum sublato, recepto etiam prætorio, vel quinque vel septem testes

in codicillis exigit. quinque ſcilicet ad ciuilis inſtar: ſeptem ad Prætorii. vt & Annianus ſub ead. Rubr. annotauit.

Seruus quoque. Vlpiani hæc eſſe omnia, ſtylus arguit. Etſi autem iuris gentium ſit teſtimoniũ, tamen intelligendum eſt, teſtamentariam hanc teſtationẽ legis actionis, hoc eſt familiæ mancipationis partem eſſe. Legis autem actiones omnes iuris ciuilis eſſe, nemo ignorat. Quod autem nonnunquam ſeruorum aut teſtimoniũ aut etiam delatio in iudiciis auditur: id iure ſingulari fit. vt l. vix certis, 52, D. de iud. l. 1, D. ad leg. iul. de annon. l. nullo, 7, D. de falſo.

§. *Et veteres.*

Argumentum.

Teſtis ad vſque teſtamenti exitum non inuitus, ſed lubens ad eſſe debet. in eo autem non vtique ſermonis, ſed negotii tantum & rei quæ geritur, intelligentia requiritur.

Et veteres putauerunt eos, qui propter ſollemnia teſtamenti adhibentur, durare debere donec ſuprema conteſtatio peragatur. non tamen intelligentiam cermonis exigimus. hoc enim diuus Marcus Didio Iuliano in teſte qui latine nõ nouerat, reſcripſit. Nam ſi vel ſenſu percipiat quis cui rei adhibitus ſit, ſufficere, ſed ſi detenti ſint muti ibi teſtes, putant non valere teſtamentum.

Commentarius.

Suprema conteſtatio. Ideſt, nuncupatio, Hæc vti in his tabulis ceríſue &c. apud Vlpianum

cap. Inst. 25. Ratio in illo testamentorum ritu hæc erat, quia legis actiones indiuiduæ sunt: & vno eodémque tẽpore absoluendæ sunt. Quid igitur in hodiernis testamentis? quid iuris est? Vlpianus in l. fideicommissa, 11, §. 1, D. de legat. tertio: scribit, quoties quis exemplum testamenti pręparat, si prius decedat, quam testetur, scripturam illam ne vt codicillos quidem valere. Sed alia item quæstio exoritur. Nam si testatio exquiritur, quid ita non ea probabitur, cùm clausæ complicatæque testamenti tabulæ singulis testibus diuersis diebus obsignandæ tradentur? Intelligendum est igitur, testamentũ non esse testationem omnino, siue simpliciter: sed testationem septem testium. qua de caussa dictum in definitione est: Testamentum iustam esse contestationem. idque ipsum traditur à Theodosio in l. hac consultissima, 21, C. de testam. vbi statuit licere complicatum quidem aut inuolutum testamentum obsignandum testibus præbere, sic vt nullam ex illo partem intelligant, dummodo vno eodémque tempore & simul obsignent.

Non tamen. Hæc cum proximis verbis non satis cohærent. Et, vt quod suspicor aperiam, haud scio, an hoc Vlpiani verbum potius ad aliquam Sabini sententiam accommodatũ sit, in qua scriptum eiusmodi aliquid fuisset: Mutus & surdus testes adhiberi in testamentis non possunt. Quę tamen sententia puero cui hæc Tribonianus

bouianus notanda cōmiſerat, effluxerit.

Vel ſenſu percipiat. Paulus, SENTIAT. Nā in III, Sentent. Ex his, inquit, qui ad teſtamentum adhibētur, ſi qui ſunt, qui Latinè neſciant, vel non intelligant, ſed tamen ſentiant cui rei ſint adhibiti, non vitiant teſtamentum. Quibus verbis difficile dictu eſt, non illud aperte ſignificari, ſolam mentis intelligentiam exquiri: ſermonis, non eſſe neceſſariam: quaſi videlicet ſolo nutu opus ſit. Quod ſi ita eſt, primùm cur ſurdos & mutos ab his teſtationibus arcemus: cum etiam nutu & mente ſentire quid agatur poſsint? præſertim propter l. vbi non voce, D. de reg. iur. deinde quid illud eſt, quod in l. ſeq. traditur, teſtes rogandos eſſe, vt huic actioni operam dent: heredes ita nominatim appellandos eſſe, vt à teſtibus exaudiantur? Sed vt inuolutum teſtamentum præberi teſtibus obſignandum ponamus, tamen aut rogari teſtes & reſpondere rogatos, oportet: aut nutu negotiū iſtud tranſigi. Quòd ſi per interpretem hæc confici dicamus, arg. l. I, in fi. D. de verb. obligat. quid eſt, quod ſola mēte ſentiri hęc oportere traditur? Deniquè coràm Titio aliquid facere iuſſus, non videtur præſente eo feciſſe, niſi intelligat: ait Florent. in l. coram, 209, D. de verb. ſignific. Ne multa, arbitror iſtud ex D. Marci reſcripto contra cōmunis & ordinarii iuris rationem inductum fuiſſe.

Latine non nouerat. Nam latinè ſcribi teſta-

ſtamenta oportebat: ante Thedoſii quidem cō ſtitutionem.d. l. hac conſultiſsima, in fin. & l. directas, C. de teſtam. manumiſs. l. vlt. C. de teſtam. tut. quin nec legatū quidem niſi Latine relinqui non poterat: vti ſcribit Vlpian. cap. Inſt. xxv.

Putauit non valere. Significat alios fuiſſe, qui contra putarent: quorum opinionis ratio inueſtiganda eſt. an igitur, quòd aditio hereditatis coacta iure ciuili heredem efficit: qui tamen à Prætore poſtea reſtituitur? vt in l. ſi mulier, 21, §. ſi metu, D. quod met. cauſſ, Diſſimilitudinis autem ratio hæc fuiſſe videtur, quia reſtitutio ei qui læſus eſt, tribuitur. teſtis autem nō læſus eſt: ſed aut agnati proximi, aut heredes præter optatum ſuum inſtituti.

Lex XXI.

IDEM *Libro ſecundo ad Sabinum.*

Argumentum.

In teſtamento perſcripto ſcribi heredes debent: in nuncupatiuo, diſerte ſunt nominibus appellandi, vt teſtes adhibiti exaudiant.

Heredes palam ita vt exaudiri poßint, nuncupandi ſunt. Licebit ergo teſtanti vel nuncupare heredes, vel ſcribere. Sed ſi nuncupat, palam debet. Quid eſt palam? non vtique in publicum, ſed vt exaudiri poſsit. exaudiri autem non ab omnibus, ſed à teſtibus. & ſi fuerint plures teſtes adhibiti, ſufficit ſollemnem numerum exaudire.

COM-

Hæredes. Et Sabini & Vlpiani verborũ summa hęc est: In testamento nuncupato heredũ nomina ita pronuntianda sunt, vt à septem testibus exaudiantur. l. iubemus, §. oportet, C. de testam. Duo testamentorum genera fuerũt, Scriptum & Nuncupatum. Ex heredis autem institutione denominabantur. itaque si nuncupatus heres sit, legata verò in scripto relicta, Nuncupatum testamentum dicebatur: legata ex codicillis deberi. l. vlt. D. de iure codicill.

Licebit ergo. Superior sententia Sabini fuit. nunc Vlpiani sequitur interpretatio. Ex qua quantum inter vtriusque & ingenium & scribendi elegantiã intersit, non difficile est existimare. quid enim ab Vlpiano hic dicitur, quod non à quouis, qui modò communi sensu & mediocri intelligentia præditus esset, non facile ex Sabini verbis intelligi potuisset? aut verò quis ex eius verbis dubitare potuisset, an Palã heredes nuncupare, sit in foro, aut macello per præconem pronuntiare.

Vel nuncupare. Et bonorum possessio secundum nuncupationem dabitur. l. 2, C. secund. tabul. l. vlt. C. de codicill.

Si nuncupat. Obseruandum igitur, Nuncupatum testamentum ex testatoris voce, & testiũ auditione constare. Quod cùm ita sit, difficile dictu est consuetudinem illam qua Tabel-

liones acceptum ex ore testatoris nomen testibus pronuntiant, cum hoc iure congruere. Neque ad rem pertinet, l. Pamphilo, 39, §. 1, D. de legat. tertio. primum quia testator eo loco palam omnibus audientibus C. Seiū affatus erat. deinde quia dissimilis est ratio fideicommissi singularis, quod legibus nullis tenetur: & here dum institutionis, quæ certo & proprio iure definita est. Vtrum autem nomine, an certa demonstratione designetur heres, nihil interest. l. quoties, §. si quis, & l. nemo dubitat, 58, D. de hered. instit. vnde quæsitum est, an illa demonstratio valeat: Cuius nomen in schedula quam in fano deposui, vel quam L. Titio commendaui, perscripsi. Et cum Papinianus in l. asse toto, 77, D. de heredib. inst. illam demonstrationem probet: Quem heredem codicillis fecero, heres esto. quamuis codicillorum vsus sit obsoletus, schedulas pro codicillis accipi, ratio postulat.

Si plures. Paulus lib. Senten. 3, Plures quàm septem ad testamentum adhibiti, non nocent. superflua enim facta prodesse, iuri tamen nocere non possunt. Hinc illud Augustini lib. de ciuit. Dei 4, cap. 27, De superuacuis, inquit, non magna cura est. solet enim & à viris peritis dici, Superflua non nocet. Quo loco IVRIS, nō VIRIS, legendum, planè mihi persuadeo.

§. 1. *Si quid.*

Si quid post factum. Sabini sententia: quæ cum

cum generalibus verbis cōcepta ſit, ſine dubio ad omnes teſtamenti partes pertinuit: hoc eſt, & heredis inſtitutionem, & legata, & libertates, & tutelas. Poſterioribus autem temporibus & codicillorū ius tantū factum eſt, vt mutari legata per illos potuerint: l. ſi quis eum, 16, D. de vulg. & pupil. & doli exceptiones vſque eò productæ, vt etiam nuda voluntate & grauiſſimis exortis inimicitiis, adimi legata poſſe traditum ſit. l. militis, 36, §. 3, D. de mil. teſt. l. 3, §. vlti. D. de adim. legat. Quid? quòd etiam poſterioribus temporibus natum hoc ius eſt, vt mutari inſtitutio poſſit, ſi modò cùm extranei inſtituti fuiſſent, nunc qui ab inteſtato ſucceſſuri erant, inſtituantur: dummodo quinque teſtium iureiurando id comprobetur. l. hac conſultiſſima, 21, in fin. C. de teſtam. vbi tamen Theodoſius non quaſi teſtamentum id valere vult, ſed quaſi vltimā inteſtati voluntatem. Quod cū ita ſit, haud ſcio an verba illa l. 2, D. de iniuſt. rupt. VEL IN EO SCRIPTVS EST QVI AB INTESTATO VENIRE POTEST: non Vlpiani, ſed potius Triboniani ſint. quā de re tamen nondum quicquam affirmo.

§. *Si quid poſt factum*

Argumentum.

Mutari nulla teſtamenti pars, niſi omnia de integro renouentur, poteſt. declarari tamen, & planius explicari poteſt.

Si quid poſt factum teſtamentum mutari placuit omnia ex integro facienda ſunt. Quod verò

quis

quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post sollennia explanare possit quaeritur: ut puta Stichum legauerat, cũ plures haberet: nec declarauit de quo sentiret. Titio legauit, cum multos Titios amicos haberet. errauerat in nomine, vel praenomine, vel cognomine, cum in corpore nõ errasset. poteritne postea declarare de quo senserit? & puto posse. nihil enim nunc dat, sed datum significat. sed & si notam postea adiecerit legato vel sua voce, vel litteris, vel summam, vel nomen legatarij, quod non scripserat, vel nũmorum qualitatem: an recte fecerit? & puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi. nam & si adiecta non fuisset, vti que placeret coniectionem fieri eius quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patrisfamilias, vel regionis.

COMMENTARIVS.

Post factum. Ante perfectũ autem nihil prohibet priorem scripturam posteriore corrigere, commutare, rescindere. l. nihil prohibet, 17, D. de adim. legat. Cùm autem consultò deleta, & inducta non valeant. l. 1, D. de his quae in testam. perspicuum est, Mutandi verbum in Sabini sententia non ad lituras pertinere: sed ad inscriptiones. de quibus Vlp. d. l. 1, § 3.

Quod verò. Sequũtur additamenta Vlpiani: quae nisi ad alteram Sabini sententiam, hoc est de inscriptionibus, d. l. 1. commodius pertineãt, errare me fateor. Quid enim ad sententiam

quae

quæ de Mutando eſt, obſcurorũ interpretatio pertinet? cum Mutare, vt paulópoſt ſignificat, propriè ſit, quod prius datum non fuerat, nunc dare: aut verò quod datum antea fuerat, adimere. l. 1, §. 3, D. de his quæ in teſtamen.

In corpore nõ erraſſet. Nam error in rei legatæ corpore legatum vitiat. l. quoties, 9, D. de hered. inſt. in vocabulo, non vitiat. l. 4, De legat. primo.

Coniectionem fieri. Vt in l. ſi ſeruus, 50, §. vlt. de legat. primo.

Vicinitate ſcripturæ. Sic in l. qui filiabus, 17, De legat. primo.

Conſuetudine patrisfa. Vt l. librorum, 52, §. quod tamẽ, De legat. tertio. l. labeo, 7, de ſuppell. legat. l. ex vſu, 10, De tritic. vino legat.

§. *In teſtamentis.*

Argumentum.

In teſtamento teſtes eſſe, niſi qui hanc ſe operam rogatos nominatim teſtatori dare intelligant, non poſſunt.

In teſtamentis, in quibus teſtes rogati adeſſe debent, vt teſtamentum fiat, alterius rei cauſſa forte rogatos, ad teſtandum non eſſe idoneos placet. Quod ſic accipiendum eſt, vt licet ad aliam rẽ ſint rogati vel collecti, ſi tamen ante teſtimonium certiorentur ad teſtamentum ſe adhibitos: poſſe eos teſtimonium ſuum rectè perhibere.

COMMENTARIVS.

In teſtamentis. Sabini hæc ſententia eſt, vſq;

ad illud, QVOD SIC accipiendum. idémque significatur in l. vlt. §. vlt. C. de iur. codicill. vbi hoc amplius traditur, in codicillis rogationem non requiri. Quod autem idem iuris traditur in l. ad fidem, D. de testib. generaliter intelligi posse non puto. nam in testationibus faciendis, rogandos esse testes, satis constat.

Quod sic accipiendum. Demiror Vlpianum in re minime necessaria operam consumere. Nam si Sabinus Aduocandi verbo vsus esset, vt apud veteres Aduocati testes dicebãtur, quemadmodum ex Plauti comœdiis intelligitur: locus fortasse huic annotationi fuisset. Nunc cũ simpliciter Rogãdi verbo vsus sit, huius annotationis caussam video non magnam.

§. *vlt.*

Argumentum.

Testamentum vno contextu sine vllius alterius negotii interpositione fieri debet.

V*no contextu actus testari oportet. Est autem vno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere. quod (si) aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.*

COMMENTARIVS.

V*no contextu actionis.* Sabini sententia: quã Vlpianus iis interpretatur verbis, ex quibus Iustinianus testatur, innumeras concertationes natas esse. l. cum antiquitas, 28, C. de testam.

Rem autem ſic definit, vt alieni omnes actus numerentur, qui neque ad teſtamentum faciẽdum, neque ad teſtatoris aut teſtium fortuitũ aliquod vitæ periculum euitãdum pertineant. Quæ cũ ita ſint, quæſitum eſt à noſtris, ecquid inter teſtamentum faciendum interponi ſtipulatio, aliúſue aliquis contractus poſſit. Veluti ſi teſtator dicat, fundum illum tot aureis tibi vendo. Argumentum ſumitur ex l. 1, §. aſsignare, & l. aſsignare, D. de aſsign. libert. vbi traditur, Aſsignationem neque vt legatum, neque vt fideicommiſſum deberi: & tamen teſtamento rectè fieri. Hoc perabſurde ſic diſputatur. Nam Aliena dicuntur, quæ vel contraria vel repugnantia ſunt. eiuſmodi alienationes ſunt quę inter viuos fiunt. quid enim teſtamentis quę poſt mortem demum valent, & mutari in horas poſſunt, à contractibus alienius eſt? At quæ conſentanea ſunt, aliena non dicuntur. qualis aſsignatio liberti eſt, quæ non niſi poſt mortem, item vt teſtamentum, vel naturalem vel certe ciuilem, valet. Itaque Donatio cauſſa mortis ita teſtamẽtis conſentanea iudicata eſt, vt legatis plane comparata ſit. l. vlt. C. de donat. cauſs. mort.

Teſtari oportet. Intelligendum eſt, Teſtationis nomine eam demum ſignificari, quæ iuris ciuilis eſt: hoc eſt denuntiationẽ & reſponſionẽ. cùm alioqui Teſtationis noĩe & ſubſcriptio & obſignatio vno contextu facta comprehen-

datur. l. hac consultissima, 21, C. eod. Hoc autem notandum fuit propter Vlpiani disputationem in l. si testamentum, 23, infra eod.

Lex XXII.

IDEM *Libro trigesimonono ad Edictum.*

Ad testium numerum simul adhiberi possumus, vt ego & pater, & plures qui fuimus in eiusdem potestate.

COMMENTARIVS.

Vt ego. Legendum, Et ego. Rationem autē Vlpianus exponit in l. pater, 17, D. de testib. itémque Iustin. §. 4, De testam. quoniam nihil nocet ex vna domo plures testes alieno negotio adhiberi. Dubitandi caussam afferebat, quòd idoneus testis non est, cui testimonium imperari potest. l. idonei, 6, D. de testib. ac proinde summa patris in filium potestas cogere testimonium videretur. Legis autem æquitas est, quia cum in re aliena nihil patrisfa. intersit, locus huic suspicioni esse non potest.

§. *Conditionem.*

Argumentum.

Testium cōditio non ex mortis, sed signandi testamenti tempore spectanda est.

Conditionem testium tunc inspicere debemus, cum signarent, non mortis tempore. Si igitur tunc cum signarem, tales fuerint vt adhiberi poßint: nihil nocet si quid postea eis contingerit.

COM

COMMENTARIVS.

Conditionem. Ius enim testamenti ex testationis tempore æstimatur: siue vt valeat, siue vt non valeat. l. si filiusfa. 19, supra eo. Vulgo autem contra in aliis testationibus omnibus putatur: & sola huic sententiæ auctoritas quæritur ex l. notionem, 99, §. instrumentorum, D. de verbo. signifi. Primùm in ea l. traditur, dilationem instrumentorum recognoscendorum caussa peti posse. quod meo iudicio, ad id quod agimus, nihil pertinet. deinde quænam esset istius opinionis æquitas, vt testationes propter accidentem aliquam in testium mutatione conditionem vitiarentur? cum contra regula iuris sit, vt quæ ab initio recte atque ordine gesta sunt, propter aduentitium aliquod vitium non infirmentur. l. in ambiguis, D. de reg. iur. præterea cum maior in testimoniis testamentariis quàm in aliis religio adhibeatur, vt ex mulierum testimonio apparet: hoc autẽ in testamẽtis comprobetur, quídui etiam in ceteris non admitteretur? Dicet aliquis, Ecquo igitur exẽplo seruus aut intestabilis in ius ad prætorem testimonii dicendi caussa producetur? Respõdetur, primùm si necesse est, extra ordinẽ producetur. deinde testamentum posse etiam per duorum testimonium probari, si forte vel ceteri mortui sint, vel instrumentum perditum fuerit, communiter receptum est arg. l. 2, De bon. pos. secund. tab.

§. 2.

Argumentum.

Teſtatoris annulo ſignare teſtis poteſt.

Si ab ipſo teſtatore anulum accepero, & ſignauero, teſtamentum valet: quaſi alieno ſignauerim.

COMMENTARIVS.

Quaſi alieno. Dubitandi cauſſam afferebat, quòd cùm vna imago eſſet, non ſeptem ſingulatim, ſed vnus ſepties obſignaſſe videretur. æquitas legis eſt, quia plerique vno ſigno ſine ſculptura vtebantur. vt ex Papiniano iudicatur in §. 2, Inſt. De teſtam. De annulo alieno etiam traditur in l. ſi vnus, 12, C. de teſtam.

§. *Si Signa.*

Argumentum.

Signum a teſtatore turbatum, pro nihilo habendum eſt.

Si ſigna turbata ſint ab ipſo teſtatore, non videtur ſignatum.

COMMENTARIVS.

Turbata. Hæc enim turbatio, mutatæ teſtatoris ſententiæ argumento eſt. item vt lini quo pertuſæ tabulæ alligatæ ſunt, abſciſsio, aut ſignorum euulſio. l. noſtram, 30, C. de teſtam.

Ab ipſo teſtatore. Rectè. nam ab alio facta ſine domini iuſſu conturbatio, nihil nocet. Turbatum igitur à domino, idqué conſulto & de induſtria

industria factum esse oportet: idest rescindendi testamenti animo atque consilio. l. 1, infra, De his quæ in testam. delent. & proximo capite planius intelligetur.

§. *Signum autem.*

Argumentum.

Non modo annulo, verum etiam quauis re quæ modo χαρακτῆρα habeat signari potest.

Signum autem vtrum anulo tantum impressum adhibemus: an verò etsi non anulo, verum alio quodam impresso? variè enim homines signāt. & magis est, vt tantum anulo quis possit signare: dum tamen habeat χαρακτῆρα.

COMMENTARIVS.

Vt tantùm annulo. Legendū VT non tantū, ante annos duodecim multis audientibus disputaui. itáque nota illa proxima, DVMMODO, perspicue flagitat. alioqui quorsum illa sigilla, quæ lingua nostra Cachettos appellamus? quā sententiam nostram in Instit. commentariis testati sumus.

§. *Posse & nocte.*

Argumentum.

Signato linteo signatæ tabulæ intelliguntur.

Posse et nocte signari testamentū, nulla dubitā tio est. Signatas tabulas accipi oportet, & si linteo quo tabulæ inuolutæ sunt, signa impressa fuerint.

COM-

Linteo. Cui superinducta cera sit. Linteo igitur tabulæ inuoluebantur: lino traiiciebantur. §. 4, De vulg. & pupill. Suetonius Nerone: Aduersus falsarios tunc primum repertum, nè tabulæ, nisi pertusæ, ac ter lino per foramina traiecto, obsignarentur. Eiusque rei vestigiũ extat. in l. 1, in fin. D. secund. tab. Dubitandi autem caussa hæc fuit, quia tabulæ ipsæ ceratæ, imæ, idest postremæ obsignabátur. vt apud eundem Suetonium: Cautum, vt in testamentis primæ duæ ceræ testatorum nomine inscripto vacuæ signaturis ostenderentur. vbi tamẽ IMAE, idest vltimæ pro PRIMAE corrigendum arbitrarer. qua de re in 3, Obseruationum disseruimus.

Lex XXIII.

IDEM *Libro quarto disputationum.*

Argumentum.

Resignatum testamentum, si modo iterũ signatũ sit, valet.

Si testamentum quod resignauerit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum: sed vtroque iure valebit tam ciuili, quàm prætorio.

COMMENTARIVS.

Resignauerit. Resignare, est signa reuellere. Itaque dubitandi caussam afferre potuit, quòd cùm signa reuellere multo plus sit, quam conturbare: præterea reuelli signa sine lini abscisione

ſciſsione non poſsint, ſuperius tamen dictum ſit ſolam ſignorum turbationem, ſolamue lini abſciſsionem teſtamentum rumpere. ex l. noſtram, 30, C. eod. Eò accedit, quòd ſubſcriptio ſine obſignatione nullius momenti eſt. l. prox. §. ſi quis. hoc autem teſtamentum aliquandiu ſine obſignatione manſit. vt plane ruptum atque extinctum videatur, nouaq; ab integro ſollemnitas adhibenda. Reſpondendum igitur, teſtatoris mentem, animum, conſilium, voluntatem in his rebus dominari. Nam ſi ſigna rumpendi teſtamenti animo reuellit, ſine dubio teſtamentum intercidit. at hoc loco non rũpendi, ſed relegendi, & recognoſcendi, & aliquid fortaſſe mutandi conſilium fuit. Maior aliquáto quæſtio exoritur propter l. hac cõſultiſsima, 21, C. eod. vbi Theodoſius iubet, vno contextu ſubſcriptionem & obſignationem fieri. Nam ſi huius obſignationis eandem eſſe rationem dicamus, quæ illius fuit, quam in myſticis teſtamẽtis obſeruabant, vt inuolutæ teſtamenti tabulæ obſignandę teſtibus traderentur: contrà illud pugnabit, quod etiam in huiuſmodi teſtamentis ſubſcriptio & obſignatio vno contextu fieri iubetur. Itaque, vt iam dixi, magna & prope inexplicabilis hæc quæſtio eſt. Nam vt Theodoſium multo poſteriorẽ ætate Vlpiano fuiſſe dicamus, tamen ſubſcriptiones huius quoque tẽpore vſitatas fuiſſe, ſuperiore capite expoſitũ eſt. Reliquũ eſt igitur, vt clauſulá illá conſide-

remus qua Vlpianus vtitur: quasi similis eius esset disputatio quæ Iuliano attribuitur in l. gallus, §. ille casus, De lib. & post. nimirum testamentum hoc neutro iure separatim, ac proprie. considerato, perfectum esse: sed vtroque. vt à testium præsentia & subscriptione, iure ciuili valeat: ab obsignatione verò, iure Prætorio.

Septem testium. Vtrum eorundem, an etiam aliorum? Nam si eorundem, male profectò de nostris ingeniis meritus est, Vlpianus dicá, an Tribonianus? cùm hæc indefinitè scripta enunciatio significare videatur nihil interesse. alioqui vocem EORVNDEM Latinæ linguæ consuetudo postulabat. Itaque contrarias hac in re video Doctorum nostrorum esse sententias. Et, vt paucis quod sentio exponam, cum orationis huius Latinæ ratio, tum etiam subiecta clausula eò me adduxit, vt existimem, etiam aliorum testium obsignationem valere. sic enim Vlpianus infert: Vtroque iure valebit, tam ciuili, quã Prætorio. Ciuilis autem iuris esse præsentiam testium, & ex Constitutionibus subscriptionẽ, à Prætore autem obsignationẽ manasse, Iustin. in Institut. testatur. Constat autem moris fuisse, vt complicatæ inuolutæq; tabulæ obsignandæ testibus præberentur. Itaque iure quidem ciuili valebit hoc testamentum, sed ex parte: hoc est, à præsentia & subscriptione testium: iure verò Prætorio ex parte item, nimirum ab obsignatione. quòd si iura singula separatim consi-

considereremus, & testamentũ hoc ad strictam cuiusque regulam exigeremus, sine dubio imperfectum videretur. sed in fauorem testamentorum propositum hoc ab Vlpiano existimo: non tamen asseueratum. quod meo iudicio inscriptio illa declarat, quæ significat caput ex quarto illius disputationum libro sumptum fuisse.

Lex XXIIII.

FLORENTINVS *Libro decimo institutionum.*

Argumentum.

Quotcumque testamenti exempla rité consignata sunt, tot valent.

Vnum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest. ídque interdum necessarium est. forte si nauigaturus, & secum ferre & relinquere iudiciorum suorum testationem velit.

COMMENTARIVS.

Pluribus exemplis. Recte, Pluribus exemplis aliquid perscribere. cum omnium par similísque auctoritas est. Itaque Suetonius in Tiberio: Duplex, inquit, testamentum fecerat, alterum sua, alterum liberti manu, sed eodem exemplo. Et sic Vlpianus in l. vlt. infra. De his qui test delent. Sic in epist. Vatinii: Litteras ad Senatum nostris de rebus gestis, quo exemplo miseram, infra tibi perscripsi. At si alterum authenticum est, altera descriptio: illud exemplar, hoc exemplum dicitur. vt in l. 1, §. 1, vers.

ſed ſi vnum D.ſecund.tab. Ibi tamen Vlpianus Plura exemplaria dixit, pro iis quę hic Florentinus exempla nominauit. Dubitandi cauſſa non magna eſt: nimirum, quia non plura vnius hominis teſtamenta eſſe poſſunt. hoc autem caſu plura videbantur. Itaque Duplex, vt dixi, Tiberii teſtamentum Suetonius appellauit. ſed reuera vnum eſt, pluribus exemplis ſcriptum: quorum tamen ita eadem vis eadémque auctoritas eſt, vt vno non extante, alterum valeat. d.l. 1, §. ſi quis. & d.l.vlt. De his quę in teſtam. Aliud autem eſt, Pluribus exemplis, aliud Pluribus codicibus teſtamentum ſcribere. in illorum ſingulis totum perſcribitur, in his pars duntaxat: vti ſcribit Vlpianus d. §. ſi quis. Indéque illud Suetonii in Auguſto: Teſtamentũ factũ ab eo, ac duobus codicibus, partim ipſius, partim libertorum Polyi & Hilarionis manu ſcriptum, depoſitúmque apud ſe Virgines Veſtales, cũ tribus ſignatis æque voluminibus, protulerunt.

Lex XXV.

IAVOLENVS *Libro quinto Poſteriorum Labeonis.*

Argumentum.

Qui primis heredibus nominatis, quum alios nominaturus eſſet, obmutuit, eius teſtamentum nullum eſt.

Si is qui teſtamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, prius quàm ſecundos exprimeret here-

des,

des, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere quàm fecisse, Varus digestorum libro primo Seruium respondisse scripsit. itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verũ esse existimat, si constaret voluisse plures eum qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare. ego nec Seruium puto aliud sensisse.

COMMENTARIVS.

Prius quàm secundos. Primi heredes plerunque appellãtur, qui primo gradu instituti sunt: Secundi, qui secundo: hoc est substituti. Sed Labeonis verba perspicue ostendũt, nihil hæc ad substitutos pertinere: cum ita loquitur: Voluisse plures pronuntiare. Cùm enim plures heredes dicimus, eiusdem gradus atque ordinis heredes intelligimus. præterea iuris quoque ratio id ostendit. nam in substitutis aliud respondendum fuisse, non dubito. constare scilicet testamentum, perfectúmque esse sola primi gradus institutione: quippe quæ testamenti anima & substantia est. l. quod per manus, 10, D. de iur. codicill. l. 3, De his quæ in testam. del. quid enim, si instituti extent, substitutionis ad nos disputatio pertinet? Vnde illud vulgatum in l. 1, De hered. inst. l. errore, 7, C. de testam. testamentum duobus hisce verbis constare posse: Titius esto: vel his, Titius heres. Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia & firmamentum est: substitutio

autem, & legata, & fideicommiſſa, & tutorum dationes externa ſunt, & accidentia: quæ ſine ſubiecti interitu & adeſſe & abeſſe poſſunt. Vt mihi quidem dubium eſſe nõ poſſit, quin falſa noſtrorum opinio ſit, qui idem in legatis putarunt eſſe ius, quod hic Seruius in pluribus heredibus ſtatuit.

Varus. Alfenus Varus, Ser. Sulpitii auditor.

Seruium reſpondiſſe. Cauſſæ conſtitutio hæc eſt. Qui quatuor heredes inſtituere volebat, poſteaquam duorum nomina nuncupauit, vi valetudinis oppreſſus obmutuit. Eo mortuo, nuncupati bonorum poſſeſſionem poſtulant. Intentio agnatorum: Nullum defuncti teſtamẽtum eſt. D. Imo eſt. Q. Vtrum teſtamẽtum ſit, an non. R. quia teſtamentum dicitur, quod heredis inſtitutione conſtat. F. Imo Teſtamẽtum perfectum dicitur iuſta, hoc eſt plena & integra mentis ac voluntatis conteſtatio. Hæc autem iuſta ac plena non eſt. Diſceptatio ex verbi ambiguitate naſcitur. Seruius reſpondit: Nõ eſſe teſtamentum, in quo non iuſta & plena defuncti ſententia extaret. Contrà tamen putatur Iuſtinianus ſtatuiſſe in l. iubemus, §. quid ſi non fuerit, C. de teſtam. vbi ſi teſtator plures pronuntiarit heredes, teſtes autem quorundã duntaxat nomina ſcripſerint, iubet eos demũ heredes eſſe, quorum nomina notata fuerint. Sed Iuſtinianus de Scripto, nos de Nuncupato teſtamẽto agimus. Scripti autem niſi quatenus

ſcriptura extat, vis nulla eſt. denique ex eo teſtamẽtorum genere poſtulari bonorum poſſeſſio, niſi ſecundum tabulas, non poteſt. Ex eodẽ teſtamento agi ſimul & ſecundum tabulas, & ſecundum nuncupationem non poteſt. Iá verò quod traditur in l. hac conſultiſsima, C. eod. vbi heredes inſtituti ſunt, qui ab inteſtato ſucceſſuri fuerant, imperfectum teſtamentum valere: primùm, ius hoc totum ſingulare & extraordinarium eſt: neque iuri communi opponendum. deinde ne teſtamentum quidem hoc appellatur, ſed vltima inteſtati voluntas: poſtremò imperfectum eo loco dicitur, non à teſtatoris perſona, aut inſtitutionis iure: ſed à ritu & ſollemnibus dumtaxat.

Conſtaret voluiſſe. Vnde autem conſtabit? opinor ex eo præcipuè, ſi forte ex certis aſsis partibus priores inſtituiſſet, neque aſſem compleſſet.

Nec Seruium puto. Ingenuè Iauolenus: cùm in Labeonis nota ſubeſſe cauillationem conſtaret. Cur enim Primos Alfenus nominaſſet, niſi alios ſupereſſe conſtitiſſet? Similis cauillatio notatur aliis locis nonnullis. Hac de re ſuperius ſub l. is cui, 18, §. 1, ſatis dictum eſt.

Lex XXVI.

Celsvs *Libro quintodecimo Digeſtorum.*

Argumentum.

Qui teſtamentum ſcribit, teſtis eidem adhiberi teſtamẽto pôt.

Domitius

Domitius Labeo Celso suo salutem. Quæro an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signarit. Iubentius Celsus Labeoni suo salutẽ. Aut non intellego quid sit de quo me consuleris, aut valide stulta est cõsultatio tua. plus enim quàm ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem & tabulas testamenti scripserat.

COMMENTARIVS.

Domitius. Qui ad scribendum testamentũ rogatus est, obsignare illud, vt testis potest. Hos autem Testamẽtarios appellabant. l. 1, D. si quis aliq. test. prohib. l. 9, D. de hered. instit. Dubitandi caussa hæc fuit: quia nemo in re sua testis est idoneus. Scriptum autem illud, res eius esse videbatur, qui id confecerat. quasi Depulsionis Ratio sit, Res sua cuiusque dicitur, in qua quid ab eo gestum est. vnde illud legis Corneliæ & Neronis apud Sueton. Ne quis alieni testamenti scriptor, legatum sibi ascriberet. quasi sibi ipse testimonium diceret. Firmamentum autem eius qui scriptoris testimoniũ oppugnaret, huiusmodi: Imo, Res sua cuiusque dicitur, in qua eius negotium gestum est. Totum autẽ hoc quicquid est negotii inter testatorem & heredem transigitur: vt ait Imp. §. 3, De testam. At Doctores nostri, vt Labeonis pudorem conseruarent, eiúsque consultationẽ ab opinione stultitiæ

ſtultitiæ vindicarent, alteram Iubentiani dilemmatis partem arripuerunt: quaſi Domitii conſultationē Iubentius non intellexiſſet: quæſtionis autem cauſſa hæc fuiſſet, quòd in teſtamentis in quibus teſtes rogati adeſſe debent, alterius rei cauſſa forte rogati, ad teſtandum idonei eſſe negantur. in l. heredis, 21, §. pen. ſupra eod. hic autem ad ſcribēdum aduocatus, & rogatus, poſt ſcriptum confectum rogatus nō fuiſſet, vt teſtimonium perhiberet, & obſignaret. Qua ex re de mirifica noſtrorum argutia & ſubtilitate exiſtimari poteſt: qui vt Domitii exiſtimationi conſulant, & Iubentium ſtuporis ac tarditatis, & illum longe maioris ſtultitiæ coarguunt. Non animaduerterunt ſcilicet Iubentium hunc Celſum Adriani temporibus, quibus Domitius Labeo adoleſcēs exortus eſt, natu iam grandem, & moroſum, & illius, vt credi par eſt, præceptorem, hac reſponſionis acerbitate illius ſtudium acuere voluiſſe. Increpari autem adoleſcentes à ſenibus, præſertim ſtudiorū & diſciplinæ cauſſa, honori potius illorū quàm vitio vertitur. Proptera autē ſtultior noſtrorum conſultatio fuiſſet, quia & Sabini regula in d. §. penult. & quæuis alia ſimilis ſententia, perſpicue loquitur de aduocato alterius rei quàm teſtamenti cauſſa. veluti ſi medicus curationis cauſſa rogatus, ſine altera rogatione noua & certa, teſtamentum obſignaret. At is de quo agebamus cuiuſnam alterius rei, niſi teſta-

menti caussa, euocatus & rogatus fuerat? an qui ad scribendum testamentum rogatus est, alterius cuiuspiam negotii quàm testamenti caussa rogatus est? Cum enim, rem alterá dicimus, alteram nimirum à testamenti negotio & actione intelligimus. Dubitandi ergo hac quidam ex parte caussa fuit nulla. At ex altera parte eo maiorem fuisse, vel ex nostris moribus facilius erit intelligi, quibus Notarios & Tabelliones in testamentis scribendis, ceterísque testationibus conficiendis adhibemus. quos in ea re cuius ipsi testationem conficiunt, testes adhiberi, nulla ratio est.

Lex XXIX.

PAVLVS *Libro quartodecimo Responsorum.*

Argumentum.

Scriptura ad testamentum parata, vim testamenti non habet, nisi hæc ei verba defunctus subscripserit, Hoc testamentum, quacunque ratione poterit, ratum esse volo.

Ex ea scriptura quæ ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset: nec ea quæ fideicommissorum verba habent, peti posse. Ex his verbis quæ scripturæ paterfamilias addidit, ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, *videri eum voluisse omnimodo valere ea quæ reliquit, etiam si intestatus decessisset.*

COMMENTARIVS.

Huius legis duo quidem sunt capitá: sed inter

ter se coniungenda, & simul legenda sunt: hoc modo: Ex imperfecto testamento, quãuis fidei commissariis verbis constet, nisi pro codicillis valere iussum sit, nihil debetur. Enunciationes igitur duæ sunt: quarum hæc prior est: Scripturæ ad testamentum paratæ, quanuis fideicommissaria sit, tamen vis nulla est. Quod idem traditur in l. si veritas, 23, & l. ex testamento, 29, C. de fideicom. l. fideicõmissa, 11, D. de leg. tertio. Altera hæc est: Testamentum imperfectum si pro codicillis valere iussum sit, valet. l. si iure, 11, C. de testam. manumiss. l. vlt. C. de codicill. & l. 3, D. de milit. testam. Eóque pertinet l. Lucius, 89, §. vlt. De legat. secundo. Neque aduersatur l. vlt. D. de iur. codicill. quia codicilli etiam nuncupati testamenti appendices sunt. Multo minus l. in testamento, 38, De fideic. liber. quia pietatis caussa singulare ius contra iuris ordinarii rationem introductum est. Quarũ caussarum consequentia nulla est. l. quod contra, De reg. iur. Restat l. Titia, 13, De inoff. testam. sed cùm testamentum per inofficiosi querelam tanquam furiosi rescissum sit, ne codicilli quidẽ ex eo valere possunt. nihilomagis enim codicillos quàm testamentũ facere furiosi possunt. l. ne codicillos, 5, C. de codicill. l. 2, §. 2, D. eod.

ἐπὶ πάσῃ ἰσχύϊ. Clausulæ codicillaris formulæ duæ sunt: quarum hæc prior est: Si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum.

l. si iure, 2, C. de testam. manumiss. l. vlt. C. de codicill. l. coheredi, 41, §. 2, De vul. & pupill. altera clausula hęc est: Quoquo modo, quacunque ratione poterit. vt hac l. & l. 3, D. de mil. testam. l. Lucius, 89, §. vlt. De leg. secundo.

Lex XXX.

IDEM *Libro tertio sententiarum.*

Argumentum.

Testis, quis, & cuius testamentum signet, adnotare debet.

Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare conuenit, quis, & cuius testamentum signauerit.

COMMENTARIVS.

Proprio chirographo: Ex omnibus obseruationibus testamentariis summa hæc & acerrima fuisse uidetur: vt testis nemo nisi qui scribere possit, admittatur. quin & subscriptionis formula præscribitur: L. Titius C. Meuii testamento testis subscripsi, idq; obsignaui. Obseruandum igitur quod aliquoties iam dictũ est: multo maiorem in testamentariis quàm in aliis testimoniis religionem adhiberi solitam fuisse.

Lex XXXI.

IDEM *Libro quinto sententiarum.*

Argumentum.

Hæc verba, Illum heredem instituam, vim testamenti non habent.

Eius bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactauerat, à fisco occupari non possunt.

COMMENTARIVS.

Huc illud Suetonii pertinet in Domitiani vita: Confiscabantur alienissimæ hereditates, vel vno existente qui diceret, audisse se ex defuncto, cùm diceret, heredem sibi Cæsarem esse.

F I N I S.



DE LIBERIS ET POSTVMIS HEREDIBVS INSTItuendis vel exheredādis. TIT. II.

Lex I.

VLPIANVS *Libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Nominatim exheredari etiam dicitur, qui vel nomine, vel prænomine, vel cognomine tantum appellatus est.

Quid sit nominatim exheredari videamus. nomen, & pronomen, & cognomen eius dicendū est, an sufficit vel vnum ex his? & constat sufficere.

COMMENTARIVS.



Vid sit Nominatim. Antecedebat scilicet Sabini sententia, ex præscripto. l.inter cetera, 30, D.de lib. & postum. nimirum, Testamenti caput esse, vt Filiifa. vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur. Cuius positionis ratio hęc est. Nā cùm rei paternæ, quasi suæ, heredes l.x11.tab.designati sint: iure ciuili, hoc est à Iurisconſ. constitutum fuit, vt eorum præteritione

ritione testamenta vitiarentur: quasi obliuióne præteriti fuissent. Aut igitur instituendi, aut exheredandi fuerunt. sed quia non quæuis exheredatio, verùm ea demum quæ rite facta est, valet: l. non putauit, 8, §. 2, D. de contr. tab. propterea quid sit, Rite exheredari ab initio demõstrandum fuit. Intelligendum est igitur, Exheredationis duas formulas fuisse: vnam vulgaré, & in testamentis prope sollemnem atq; vsitatá: Ceteri exheredes sunto. vti patet ex l. Lucius, 53, De hered. instit. qua formula reliqui omnes præter filiosfa. continebátur. hoc est, parentes, liberi secundi gradus, filiæ, propinqui, affines, amici. in hos enim etiá Exheredádi verbũ abusione quadam transferri, multis testimoniis in Commentario verborum iuris, docuimus. Altera exheredationis formula filiorumfa. propria, præcipua, ac peculiaris fuit: eáque nominatim fieri dicebatur. Nomen autem propterea exigebatur, quia cùm exheredatio & naturæ iuri, & leg. XII. tab. contraria sit, nisi de testatoris voluntaté certũ & exploratum esset, nunquam Iurisconsultorum interpretatione adiuuabatur. Non igitur satis fuit scribere, ceteri exheredes sunto: vt filiifa. excludantur. Sed aliud est, ceteri exheredes sunto: aliud ceteri filii exheredes sunto. tùm enim nominatim propter filiorum vocabulum concepta exheredatio videtur. l. titius, 25, inf. eód.

Constat sufficere. Nam, hoc amplius, dũ exploratum

ploratum sit de quo agatur, vtrum nomine, an certa demonstratione res designetur, nihil interest. §. siquidem, De legat. l. quoties, 9, §. siquis, D. de hered. instit.

Lex II.

IDEM *Libro sexto Regularum.*

Argumentum.

Oratio hæc, filius meus exheres esto: si vnicus sit filius, valet: si plures, nequaquam.

Nominatim exheredatus filius & ita videtur, Filius meus exheres esto, si nec nomē eius expressum sit, si modo vnicus sit. nam si plures sunt filij, benigna interpretatione potius à plerisque respōdetur, nullum exheredatum esse.

COMMENTARIVS.

Benigna interpretatione. Ex iuris igitur & æquitatis contentione nata disceptatio est. Sūmi autem iuris rationem hanc esse arbitror, quòd indefinita oratio, idem quod vniuersalis valet. Vnde Vlpianus in l. siquis ita, 16, D. de testam. tut. Siquis, inquit, filio tutorem dederit, & plures filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? magis est, vt omnibus dedisse videatur. quin & si dixerit, Filiis meis tutores do: etiam filiabus dedisse intelligitur, l. si ita sit scriptum, 45, D. de legat. secund. Ex quo intelligi potest, si qui plures filios habebat, ita scripserit: Filius meus heres esto; non esse dubitandum,

quin omnes filios instituisse videatur. Constat autem contrariorum eandem esse disciplinam. Hæc igitur cum iuris summi subtilis & exquisita ratio esset; tamen potiorem æquitatis, & benignitatis quàm rigoris habēdam esse rationē, existimatum est: vt Paulus scribit in l. cum quidam, 19, infrà eod. aliam caussam esse institutionis, quæ benignè acciperetur: aliam exheredationis, quæ interpretatione adiuuanda non esset. Quod autem de filiis hoc loco traditur, idem de postumis intelligendum est. Itaque si postumus singulari numero institutus est, plures nati ex æquis partibus instituti intelligentur. l. vtrum, 7, D. de reb. dub. l. clemens, 81, D. de hered. inst. At si exheredatus est postumus, & vel plures filii, vel filius & filia nascatur, nulla erit exheredatio. l. 1, §. 2, D. de vent. in poss. mitt. quin etiam cum in caussis odiosis fœmininum sub masculino non comprehendatur, postumi filii neque institutione neque exheredatione filiam contineri existimatem. arg. l. si ita scriptum, 13, D. infrà eod. Ad superiorem partem pertinet Iustiniani constitutio ex æquitate nata in l. cum inter, in fi. C. de fideic. libert.

Lex III.

IDEM *Libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Hæ formulæ, Vxore mea natus, non nominandus, non filius meus, latro, gladiator, adulterio natus, exheres esto: valent.

remus qua Vlpianus vtitur: quasi similis eius esset disputatio quæ Iuliano attribuitur in l. gallus, §. ille casus, De lib. & post. nimirum testamentum hoc neutro iure separatim, ac proprie considerato, perfectum esse: sed vtroque. vt à testium præsentia & subscriptione, iure ciuili valeat: ab obsignatione verò, iure Prætorio.

Septem testium. Vtrum eorundem, an etiam aliorum? Nam si eorundem, male profectò de nostris ingeniis meritus est, Vlpianus dicã, an Tribonianus? cùm hæc indefinitè scripta enuntiatio significare videatur nihil interesse. alioqui vocem EORVNDEM Latinæ linguæ consuetudo postulabat. Itaque contrarias hac in re video Doctorum nostrorum esse sententias. Et, vt paucis quod sentio exponam, cum orationis huius Latinæ ratio, tum etiam subiecta clausula eò me adduxit, vt existimem, etiam aliorum testium obsignationem valere. sic enim Vlpianus infert: Vtroque iure valebit, tam ciuili, quã Prætorio. Ciuilis autem iuris esse præsentiam testium, & ex Constitutionibus subscriptionẽ, à Prætore autem obsignationẽ manasse, Iustin. in Institut. testatur. Constat autem moris fuisse, vt complicatæ inuolutæq; tabulæ obsignandæ testibus præberentur. Itaque iure quidem ciuili valebit hoc testamentum, sed ex parte: hoc est, à præsentia & subscriptione testium: iure verò Prætorio ex parte item, nimirum ab obsignatione. quòd si iura singula separatim consi-

consideraremus,& testamentũ hoc ad strictam cuiusque regulam exigeremus, sine dubio imperfectum videretur. sed in fauorem testamentorum propositum hoc ab Vlpiano existimo: non tamen asseueratum. quod meo iudicio inscriptio illa declarat, quæ significat caput ex quarto illius disputationum libro sumptum fuisse.

Lex XXIIII.

FLORENTINVS *Libro decimo institutionum.*

Argumentum.

Quotcumque testamenti exempla rité consignata sunt, tot valent.

Unum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest. idque interdum necessarium est. forte si nauigaturus, & secum ferre & relinquere iudiciorum suorum testationem velit.

COMMENTARIVS.

Pluribus exemplis. Recte, Pluribus exemplis aliquid perscribere. cum omnium par similisque auctoritas est. Itaque Suetonius in Tiberio: Duplex, inquit, testamentum fecerat, alterum sua, alterum liberti manu, sed eodem exemplo. Et sic Vlpianus in l. vlt. infra. De his qui test delent. Sic in epist. Vatinii: Litteras ad Senatum nostris de rebus gestis, quo exemplo miseram, infra tibi perscripsi. At si alterum authenticum est, altera descriptio: illud exemplar, hoc exemplum dicitur. vt in l. 1, §. 1, vers.

 sed

ſed ſi vnum D.ſecund.tab. Ibi tamen Vlpianus Plura exemplaria dixit, pro iis quę hic Florentinus exempla nominauit. Dubitandi cauſſa non magna eſt: nimirum, quia non plura vnius hominis teſtamenta eſſe poſſunt. hoc autem caſu plura videbantur. Itaque Duplex, vt dixi, Tiberii teſtamentum Suetonius appellauit. ſed reuera vnum eſt, pluribus exemplis ſcriptum: quorum tamen ita eadem vis eadémque auctoritas eſt, vt vno non extante, alterum valeat. d.l. 1, §. ſi quis. & d.l.vlt. De his quę in teſtam. Aliud autem eſt, Pluribus exemplis, aliud Pluribus codicibus teſtamentum ſcribere. in illorum ſingulis totum perſcribitur, in his pars duntaxat: vti ſcribit Vlpianus d. §. ſi quis. Indéque illud Suetonii in Auguſto: Teſtamentū factū ab eo, ac duobus codicibus, partim ipſius, partim libertorum Polyi & Hilarionis manu ſcriptum, depoſitúmque apud ſe Virgines Veſtales, cū tribus ſignatis æque voluminibus, protulerunt.

Lex XXV.

IAVOLENVS *Libro quinto Poſteriorum Labeonis.*

Argumentum.

Qui primis heredibus nominatis, quum alios nominaturus eſſet, obmutuit, eius teſtamentum nullum eſt.

Si is qui teſtamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, prius quàm ſecundos exprimeret here-

des,

des, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere quàm fecisse, Varus digestorum libro primo Seruium respondisse scripsit. itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verũ esse existimat, si constaret voluisse plures eum qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare. ego nec Seruium puto aliud sensisse.

Commentarivs.

Prius quàm secundos. Primi heredes plerunque appellãtur, qui primo gradu instituti sunt: Secundi, qui secundo: hoc est substituti. Sed Labeonis verba perspicue ostendũt, nihil hæc ad substitutos pertinere: cum ita loquitur: Voluisse plures pronuntiare. Cùm enim plures heredes dicimus, eiusdem gradus atque ordinis heredes intelligimus. præterea iuris quoque ratio id ostendit. nam in substitutis aliud respondendum fuisse, non dubito. constare scilicet testamentum, perfectúmque esse sola primi gradus institutione: quippe quæ testamenti anima & substantia est. l. quod per manus, 10, D. de iur. codicill. l. 3, De his quæ in testam. del. quid enim, si instituti extent, substitutionis ad nos disputatio pertinet? Vnde illud vulgatum in l. 1, De hered. inst. l. errore, 7, C. de testam. testamentum duobus hisce verbis constare posse: Titius esto: vel his, Titius heres. Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia & firmamentum est: substitutio

autem, & legata, & fideicommissa, & tutorum dationes externa sunt, & accidentia: quæ sine subiecti interitu & adesse & abesse possunt. Vt mihi quidem dubium esse nō possit, quin falsa nostrorum opinio sit, qui idem in legatis putarunt esse ius, quod hic Seruius in pluribus heredibus statuit.

Varus. Alfenus Varus, Ser. Sulpitii auditor.

Seruium respondisse. Caussæ constitutio hæc est. Qui quatuor heredes instituere volebat, posteaquam duorum nomina nuncupauit, vi valetudinis oppressus obmutuit. Eo mortuo, nuncupati bonorum possessionem postulant. Intentio agnatorum: Nullum defuncti testamētum est. D. Imo est. Q. Vtrum testamētum sit, an non. R. quia testamentum dicitur, quod heredis institutione constat. F. Imo Testamētum perfectum dicitur iusta, hoc est plena & integra mentis ac voluntatis contestatio. Hæc autem iusta ac plena non est. Disceptatio ex verbi ambiguitate nascitur. Seruius respondit: Nō esse testamentum, in quo non iusta & plena defuncti sententia extaret. Contrà tamen putatur Iustinianus statuisse in l. iubemus, §. quid si non fuerit, C. de testam. vbi si testator plures pronuntiarit heredes, testes autem quorundā duntaxat nomina scripserint, iubet eos demū heredes esse, quorum nomina notata fuerint. Sed Iustinianus de Scripto, nos de Nuncupato testamēto agimus. Scripti autem nisi quatenus

ſcriptura extat, vis nulla eſt. denique ex eo teſtamẽtorum genere poſtulari bonorum poſſeſſio, niſi ſecundum tabulas, non poteſt. Ex eodẽ teſtamento agi ſimul & ſecundum tabulas, & ſecundum nuncupationem non poteſt. Iá verò quod traditur in l. hac conſultiſsima, C. eod. vbi heredes inſtituti ſunt, qui ab inteſtato ſucceſſuri fuerant, imperfectum teſtamentum valere: primùm, ius hoc totum ſingulare & extraordinarium eſt: neque iuri communi opponendum. deinde ne teſtamentum quidem hoc appellatur, ſed vltima inteſtati voluntas: poſtremò imperfectum eo loco dicitur, non à teſtatoris perſona, aut inſtitutionis iure: ſed à ritu & ſollemnibus dumtaxat.

Conſtaret voluiſſe. Vnde autem conſtabit? opinor ex eo præcipuè, ſi forte ex certis aſsis partibus priores inſtituiſſet, neque aſſem compleſſet.

Nec Seruium puto. Ingenuè Iauolenus: cùm in Labeonis nota ſubeſſe cauillationem conſtaret. Cur enim Primos Alfenus nominaſſet, niſi alios ſupereſſe conſtituiſſet? Similis cauillatio notatur aliis locis nonnullis. Hac de re ſuperius ſub l. is cui, 18, §. 1, ſatis dictum eſt.

Lex XXVI.

CELSVS *Libro quintodecimo Digeſtorum.*

Argumentum.

Qui teſtamentum ſcribit, teſtis eidem adhiberi teſtamẽto põt.

Domitius

Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signarit. Iubentius Celsus Labeoni suo salutē. Aut non intellego quid sit de quo me consuleris, aut valide stulta est cōsultatio tua. plus enim quàm ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit, quoniam idem & tabulas testamenti scripserat.

COMMENTARIVS.

Domitius. Qui ad scribendum testamentū rogatus est, obsignare illud, vt testis potest. Hos autem Testamētarios appellabant. l. 1, D. si quis aliq. test. prohib. l. 9, D. de hered. instit. Dubitandi caussa hæc fuit: quia nemo in re sua testis est idoneus. Scriptum autem illud, res eius esse videbatur, qui id confecerat. quasi Depulsionis Ratio sit, Res sua cuiusque dicitur, in qua quid ab eo gestum est. vnde illud legis Corneliæ & Neronis apud Sueton. Ne quis alieni testamenti scriptor, legatum sibi ascriberet. quasi sibi ipse testimonium diceret. Firmamentum autem eius qui scriptoris testimoniū oppugnaret, huiusmodi: Imo, Res sua cuiusque dicitur, in qua eius negotium gestum est. Totum autē hoc quicquid est negotii inter testatorem & heredem transigitur: vt ait Imp. §. 3, De testam. At Doctores nostri, vt Labeonis pudorem conseruarent, eiúsque consultationē ab opinione stultitiæ

ſtultitiæ vindicarent, alteram Iubentiani dilemmatis partem arripuerunt: quaſi Domitii conſultationē Iubentius non intellexiſſet: quæſtionis autem cauſſa hæc fuiſſet, quòd in teſtamentis in quibus teſtes rogati adeſſe debent, alterius rei cauſſa forte rogati, ad teſtandum idonei eſſe negantur. in l. heredis, 21, §. pen. ſupra eod. hic autem ad ſcribēdum aduocatus, & rogatus, poſt ſcriptum confectum rogatus nō fuiſſet, vt teſtimonium perhiberet, & obſignaret. Qua ex re de mirifica noſtrorum argutia & ſubtilitate exiſtimari poteſt: qui vt Domitii exiſtimationi conſulant, & Iubentium ſtuporis ac tarditatis, & illum longe maioris ſtultitiæ coarguunt. Non animaduerterunt ſcilicet Iubentium hunc Celſum Adriani temporibus, quibus Domitius Labeo adoleſcēs exortus eſt, natu iam grandem, & moroſum, & illius, vt credi par eſt, præceptorem, hac reſponſionis acerbitate illius ſtudium acuere voluiſſe. Increpari autem adoleſcentes à ſenibus, præſertim ſtudiorū & diſciplinæ cauſſa, honori potius illorū quàm vitio vertitur. Propterea autē ſtultior noſtrorum conſultatio fuiſſet, quia & Sabini regula in d. §. penult. & quæuis alia ſimilis ſententia, perſpicue loquitur de aduocato alterius rei quàm teſtamenti cauſſa. veluti ſi medicus curationis cauſſa rogatus, ſine altera rogatione noua & certa, teſtamentum obſignaret. At is de quo agebamus cuiuſnam alterius rei, niſi teſta-

ter se coniungenda, & simul legenda sunt: hoc modo: Ex imperfecto testamento, quáuis fidei commissariis verbis constet, nisi pro codicillis valere iussum sit, nihil debetur. Enunciationes igitur duæ sunt: quarum hæc prior est: Scripturæ ad testamentum paratæ, quanuis fideicommissaria sit, tamen vis nulla est. Quod idem traditur in l. si veritas, 23, & l. ex testamento, 29, C. de fideicom. l. fideicõmissa, 11, D. de leg. tertio. Altera hæc est: Testamentum imperfectum si pro codicillis valere iussum sit, valet. l. si iure, 11, C. de testam. manumiss. l. vlt. C. de codicill. & l. 3, D. de milit. testam. Eóque pertinet l. Lucius, 89, §. vlt. De legat. secundo. Neque aduersatur l. vlt. D. de iur. codicill. quia codicilli etiam nuncupati testamenti appendices sunt. Multo minus l. in testamento, 38, De fideic. liber. quia pietatis caussa singulare ius contra iuris ordinarii rationem introductum est. Quarũ caussarum consequentia nulla est. l. quod contra, De reg. iur. Restat l. Titia, 13, De inoff. testam. sed cùm testamentum per inofficiosi querelam tanquam furiosi rescissum sit, ne codicilli quidẽ ex eo valere possunt. nihilomagis enim codicillos quàm testamentũ facere furiosi possunt. l. ne codicillos, 5, C. de codicill. l. 2, §. 2, D. eod.

ἐπὶ πᾶσι ἰσχύειν. Clausulæ codicillaris formulæ duæ sunt: quarum hæc prior est: Si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum.

l. si iure, 2, C. de testam. manumiss. l. vlt. C. de codicill. l. coheredi, 41, §. 2, De vul. & pupill. altera clausula hęc est: Quoquo modo, quacunque ratione poterit. vt hac l. & l. 3, D. de mil. testam. l. Lucius, 89, §. vlt. De leg. secundo.

Lex XXX.

IDEM *Libro tertio sententiarum.*

Argumentum.

Testis, quis, & cuius testamentum signet, adnotare debet.

Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare conuenit, quis, & cuius testamentum signauerit.

COMMENTARIVS.

Proprio chirographo. Ex omnibus obseruationibus testamentariis summa hæc & acerrima fuisse uidetur: vt testis nemo nisi qui scribere possit, admittatur. quin & subscriptionis formula præscribitur: L. Titius C. Meuii testamento testis subscripsi, idq; obsignaui. Obseruandum igitur quod aliquoties iam dictũ est: multo maiorem in testamentariis quàm in aliis testimoniis religionem adhiberi solitam fuisse.

Lex XXXI.

IDEM *Libro quinto sententiarum.*

Argumentum.

Hæc verba, Illum heredem instituam, vim testamenti non habent.

Eius bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactauerat, à fisco occupari non possunt.

COMMENTARIVS.

Huc illud Suetonii pertinet in Domitiani vita: Confiscabantur alienissimæ hereditates, vel vno existente qui diceret, audisse se ex defuncto, cùm diceret, heredem sibi Cæsarem esse.

FINIS.



DE LIBERIS ET POSTVMIS HEREDIBVS INSTItuendis vel exheredādis. TIT. II.

Lex I.

VLPIANVS *Libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Nominatim exheredari etiam dicitur, qui vel nomine, vel prænomine, vel cognomine tantum appellatus est.

Quid sit nominatim exheredari videamus. nomen, & pronomen, & cognomen eius dicendū est, an sufficit vel vnum ex his? & constat sufficere.

COMMENTARIVS.



Vid sit Nominatim. Antecedebat ſcilicet Sabini ſententia, ex præſcripto. l. inter cetera, 30, D. de lib. & poſtum. nimirum, Teſtamenti caput eſſe, vt Filiifa. vel heredes inſtituantur, vel nominatim exheredentur. Cuius poſitionis ratio hęc eſt. Nā cùm rei paternæ, quaſi ſuæ, heredes l. x 11. tab. deſignati ſint: iure ciuili, hoc eſt à Iuriſconſ. conſtitutum fuit, vt eorum præteritione

ritione testamenta vitiarentur: quasi obliuióne præteriti fuissent. Aut igitur instituendi, aut exheredandi fuerunt. sed quia non quæuis exheredatio, verùm ea demum quæ rite facta est, valet: l. non putauit, 8, §. 2, D. de contr. tab. propterea quid sit, Rite exheredari ab initio demõstrandum fuit. Intelligendum est igitur, Exheredationis duas formulas fuisse: vnam vulgarẽ, & in testamentis prope sollemnem atq; vsitatã: CETERI exheredes sunto. vti patet ex l. Lucius, 53, De hered. instit. qua formula reliqui omnes præter filiosfa. continebãtur. hoc est, parentes, liberi secundi gradus, filiæ, propinqui, affines, amici. in hos enim etiã Exheredãdi verbũ abusione quadam transferri, multis testimoniis in Commentario verborum iuris, docuimus. Altera exheredationis formula filiorumfa. propria, præcipua, ac peculiaris fuit: eáque NOMINATIM fieri dicebatur. Nomen autem propterea exigebatur, quia cùm exheredatio & naturæ iuri, & leg. XII. tab. contraria sit; nisi de testatoris voluntate certũ & exploratum esset, nunquam Iurisconsultorum interpretatione adiuuabatur. Non igitur satis fuit scribere; CETERI exheredes sunto: vt filiifa. excludantur. Sed aliud est, CETERI exheredes sunto: aliud CETERI filii exheredes sunto. tum enim nominatim propter filiorum vocabulum concepta exheredatio videtur. l. titius, 25, inf. eod.

Constat sufficere. Nam, hoc amplius, dũ exploratum

ploratum sit de quo agatur, vtrum nomine, an certa demonstratione res designetur, nihil interest. §. siquidem, De legat. l. quoties, 9, §. siquis, D. de hered. instit.

Lex II.

Idem *Libro sexto Regularum.*

Argumentum.

Oratio hæc, filius meus exheres esto: si vnicus sit filius, valet: si plures, nequaquam.

Nominatim exheredatus filius & ita videtur, Filius meus exheres esto, si nec nomē eius expressum sit, si modo vnicus sit. nam si plures sunt filij, benigna interpretatione potius à plerisque respōdetur, nullum exheredatum esse.

Commentarius.

Benigna interpretatione. Ex iuris igitur & æquitatis contentione nata disceptatio est. Sūmi autem iuris rationem hanc esse arbitror, quòd indefinita oratio, idem quod vniuersalis valet. Vnde Vlpianus in l. siquis ita, 16, D. de testam. tut. Siquis, inquit, filio tutorem dederit, & plures filios habeat: an omnibus filiis dedisse videatur? magis est, vt omnibus dedisse videatur. quin & si dixerit, Filiis meis tutores do: etiam filiabus dedisse intelligitur, l. si ita sit scriptum, 45, D. de legat. secund. Ex quo intelligi potest, si qui plures filios habebat, ita scripserit: Filius meus heres esto; non esse dubitandum,

quin

quin omnes filios instituisse videatur. Constat autem contrariorum eandem esse disciplinam. Hæc igitur cum iuris summi subtilis & exquisita ratio esset; tamen potiorem æquitatis, & benignitatis quàm rigoris habédam esse rationé, existimatum est: vt Paulus scribit in l. cum quidam, 19, infrà eod. aliam caussam esse institutionis, quæ benigne acciperetur: aliam exheredationis, quæ interpretatione adiuuanda non esset. Quod autem de filiis hoc loco traditur, idem de postumis intelligendum est. Itaque si postumus singulari numero institutus est, plures nati ex æquis partibus instituti intelligentur. l. vtrum, 7, D. de reb. dub. l. clemens, 81, D. de hered. inst. At si exheredatus est postumus, & vel plures filii, vel filius & filia nascātur, nulla erit exheredatio. l. 1, §. 2, D. de vent. in poss. mitt. quin etiam cum in caussis odiosis fœmininum sub masculino non comprehendatur, postumi filii neque institutione neque exheredatione filiam contineri existimatem. arg. l. si ita scriptum, 13, D. infrà eod. Ad superiorem partem pertinet Iustiniani constitutio ex æquitate nata in l. cum inter, in fi. C. de fideic. libert.

Lex III.

IDEM *Libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Hæ formulæ, Vxore mea natus, non nominandus, non filius meus, latro, gladiator, adulterio natus, exheres esto: valent.

Et si peperceris filium dixera, ex Seia autem natum dixit: recte exheredat. & si cum conuicio dixerit, Nō nominandus, Vel non filius meus, latro, gladiator: magis est vt recte exheredatus sit. & si ex adulterio natum dixerit. Pure autem filium exheredari Iulianus putat, qua sententia vtimur.

COMMENTARIVS.

Nominatim exheredari dicitur, qui certa demonstratione quanuis contumeliosa designatur.

Ex Seia natum. Ex vxore, ex qua alius præterea nullus superstes erat.

Cum conuicio. Melius dixisses, Cum maledicto. nam Conuicium, multarum vocum est: vt in Verbis iuris docuimus. neque ad rem pertinet quod traditur in l. turpia, 54, De legat. secund. nam maledictum & cōtumelia in extraneum, quanuis institutionis legatíue nomine quæsito, coniecta, eius existimationem lædit. Itaque nec legatum, nec institutio contumeliosa in extraneo probatur, l. quoties, 9, §. siquis, De hered. instit. at ob patris maledictum neque filii existimatio læditur, neque iniuriarū actio nascitur. vnde etiam filii institutio quantúuis contumeliosa probatur: Ille filius meus impiissimus, male de me meritus. l. his verbis, 48, D. eod.

Ex adultero. Nisi tamen contrarium probetur, hoc est ex testatore natum fuisse. l. si postumus, 14, in fi. & l. seq. infra eod.

Pure

Pure autem. Hermogenianus in l. sed sub conditione, 18, D. de contr. tab. caussam haud affert, quia certo iudicio liberi à parentum successione remouendi sunt. hoc est, cum lex XII. tab. filiosfa. rei paternæ heredes ac dominos designarit, eisque quodammodo paternã hereditatem adiudicarit: tametsi alio capite iubeat, Vti paterfa. legarit, ita ius esse: tamẽ nunquam iis hereditatem abiudicandam esse, nisi iustis & certis de caussis exheredatio facta sit? l. vlt. D. de bon. damnat. Exheredationes autẽ conditionales cùm ex incerto futuri temporis euentu pendeant, magis fortuitæ sunt: quàm certo & explorato iudicio constitutæ: Eadem porro institutionis ratio est: vt sub fortuita cõditione facta, nullius momenti sit. l. 4, De hered. inst. Vbi tamen sub conditione concepta institutio est, sub contraria conditione concipi exheredatio poterit. l. iam dubitari, 86, D. de hered. inst. l. si pater, 4, C. de inst. & subst. Cuius rei ratio perobscura est. Conditionalis .n. enuntiationis hæc vis est, vt quæ si affirmetur vera est, eadem si negetur, falsa sit. itaque qui sic loquitur, Heres esto, si Consul fiat: vi ipsa hoc dicere videtur, Heres non esto, si Consul non fiat. Huiusmodi inquam harum conditionum ἰσοδυναμία est, qualis apud Dialecticos in subalternis pronuntiatis esse solet, cum per geminæ negationis adiectionem æquipollentes efficiuntur. Veluti, Omnis homo est animal.

Aliquis homo est animal. Nã si in alterutra duplicem interponamus negationem, idem vtraque valebit atque efficiet: veluti, Omnis homo est animal: Non aliquis homo non est animal. item, Aliquis homo est animal: Non omnis homo non est animal. Hæc igitur harum conditionalium enũciationum vis est, vt contrariarum contraria sit consequentia. hoc est, vt quæ conditio si affirmetur, verã facit enunciationem, eadem si negetur, falsam illã efficiat: veluti, Heres esto, si volet: hanc in se vi sua cõplectitur: Si non volet, exheres esto. l. iã dubitari, 86, D. de hered. instit. Itaque quæstio exoritur: Cùm omnis institutio sub conditione facta, sub contraria conditione exheredationem contineat: vicissimq́; eadem exheredationis ratio sit: quid est, quòd in filiis ssa. alterutra sola non valet, vtraque coniuncta valet? Responsio est: quia cùm & naturæ ius, & lex XII tab. filiis paternã hereditatem adiudicarit: nisi pater disertè ac nominatim eã ab illis abiudicet, (cuius rei potestatem ex altero capite obtinet, VTI LEGASSIT &c.) Iurisconsulti nunquã interpretatione exheredationes adiuuant. Hæc autem ἰσοδυναμία ex interpretatione est: non verbis disertis concepta & expressa. Itaque eam Iurisconsulti repudiant. ac disputãt quoniam alter tantum euentus expressus est, alter verò tacitus: hoc casu tacito præteritionem admissam esse. quæ præteritio testamentum viti-

tiat

tiat, iniuſtumq́; ſolet efficere. Qua ex diſputatione patet, id quod Pomponius ait in l. ſi quis Sempronium, 68, De hered. inſt.. in teſtamentis quædam tacita valere, quæ expreſſa corrumpant: in vtranque partem accipiendum eſſe: vt ſit, quædam expreſſa valere, quæ tacita corrumperent.

§. *Filius.*

Filius inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur: & erit à toto gradu summotus: niſi forte ab vnius perſona eum teſtator exheredauerit. nam ſi hoc fecit, vitioſa erit exheredatio: quẽadmodum ſi ita eum exheredauerit: Quiſquis mihi erit filius, exheres eſto. *nam vt Iulianus ſcribit, huiuſmodi exheredatio vitioſa eſt: quoniam poſt aditam hereditatem voluit eũ ſummotum, quod eſt impoßibile.*

COMMENTARIVS.

Filius ante inſtitutiones exheredatus, ab omnibus gradib. remouetur. inter medias inſtitutiones, ab vno illo gradu: inter inſtitutiones & exheredationes, etiam ſi mixtæ ſint, ab vtroque gradu. à toto porro gradu exheredari filius debet: ab vna eius perſona, non poteſt. Vel ſic, & breuius: Exheredatio ante omnia facta, vndique ſummouet. inter medias inſtitutiones, ab illo gradu. inter gradus, etiam permixtos, ab vtroque. ex parte verò facta, nõ valet. Gradus eſt ordo deferendæ hereditatis, qui pro or-

dine teſtatoris in exheredes factos deſcriptus eſt. Itaque primus gradus dicitur, qui primo loco hereditas defertur: ſecundus, qui ſecundum illum, & illo deficiente defertur; qua de cauſſa Subſtitutio dicitur: conſtat autem inſtitutos priore eſſe amoris gradu apud teſtatorem, quam ſubſtitutos: hoc eſt, malle hunc ab inſtitutis ſuam hereditatem capi, quã à ſubſtitutis. Nunc doctrinæ ſummam perſtringemus: quã quinquepartitò diſtribuemus. Exheredatio enim quinque in locis tantum collocatur: hoc eſt, aut ante omnia: aut poſt omnia: aut inter inſtitutiones & ſubſtitutiones: aut inter medias inſtitutiones: aut inter medias ſubſtitutiones. l. 3, De iniuſt. rupt. teſt. Locus ſextus reperiri non poteſt. Exheredatus ante inſtitutiones, ab omnibus gradibus ſummotus eſt. hoc ipſo. §. Poſt omnia exheredatus, ſimiliter. l. 1, C. de inſt. & ſubſt. Inter duos gradus, ab vtroque gradu excluſus eſt. hoc ipſo §. Inter medias inſtitutiones, illo toto gradu remotus eſt. hoc ipſo §. Illud porro intelligẽdũ eſt, exheredationẽ ab vno toto gradu fieri oportere: à parte verò, hoc eſt non omnibus eius perſonis, non poſſe. l. non putauit, 8, §. 3. D. de cont. tab. & l. cum quidam, 19, infra eod. vbi ratio adiicitur, cur non vt inſtitutio, ſic etiam exheredatio in certa parte valeat: cum tamen contrariorum contraria ſit conſequentia. quia non vt inſtitutiones, ſic etiam exheredationes

interpretatione adiuuandæ sunt. hoc est, cũ lex XII tab. paternã hereditatem filio totã atque integram adiudicarit: si pater ei partem duntaxat abiudicet, cum in reliqua parte præteriisse iudicatur. Interpretatio ergo Iurisconsultorum non adiuuat, sed oppugnat exheredationes. alioqui si parem in exheredationibus quam in institutionibus interpretandi rationẽ admitterent, eandem esse rationem harum formularum responderent: Filius & Titius heredes sunto. Filius ex semisse exheres esto: Titius ex illo semisse heres esto. Sed si hæc admitteretur, filius non ex testamento, sed ex lege atque ab intestato heres esset: Titius autem ex testamento. contra regulam, Nemo potest ex parte testatus, &c.

Quisquis mihi. Hæc formula, Titius mihi heres esto: Filius exheres esto: recta & probabilis est. at illa, Titius mihi heres esto: si Titius heris erit, filius exheres esto: propter illã adiunctionem non admittetur. l. siquis Sẽproniũ, 68, De hered. instit. quid ita? an quia conditionalis est? vt nostri vulgo existimant. nequaquam. hæc enim, QVISQVIS mihi heres erit, cui illa comparatur: conditionalis non est: nequetamen probatur. Præterea Iulianus nõ dixisset, impossibilem hanc esse exheredationem. quid ergo est? nimirum quia Heres & Exheres ex eorum contrariorum genere sunt, quæ Priuantia nominantur: quorum ea natura est, vt alterum

alterum non prius esse desinat, quàm ab altero pellatur. Hoc autem casu neque filius exheres esse potest, quin Titius heres sit: neque rursus Titius esse potest, quin hereditatem adierit: hoc est, quin exheres filius fuerit. nam vt ait Triphon. in l. filium, 20, De contr. tab. Exheredatio, non adita ex testamẽto hereditate, nullius est momenti: ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur. Alter igitur alteri sic obest, vt recte Iulianus conceptionem hanc impossibilem esse affirmet: quia neutri ex testamento locus esse potest.

§. *Si ita testatus.*

Argumentum.

A quo gradu filius exheredatus est, ab eo valere testamentum incipit.

Si ita testatus sit paterfamilias, vt à primo quidem gradu filium præteriret, à secundo solo exheredaret: Sabinus & Cassius & Iulianus putant, perempto primo gradu testamentũ ab eo gradu exordiũ capere, vnde filius exheredatus est. quæ sententia comprobata est.

COMMENTARIVS.

Papinianus in l. si filius, 75, De hered. inst. & Paulus eius auditor in l. ex facto, 43, §. huius, De vulg. subst. ita quæstionem hanc tractare existimantur, quasi primus gradus pro nullo ac pro non scripto numeretur: ac proinde eo obliterato

literato teſtamentum à ſecundo gradu valere incipiat. Cui ſententiæ apertiſsime noſter hic idem Vlpianus aduerſatur in l. non putauit, 8, §. 1, & §. 5, D. contr. tab. vbi diſertè ſcribit, ſi à primo gradu exheredatio prætermiſſa ſit, quãuis à ſecundo ſit adhibita, tamen ſi hereditas in illo primo gradu verſetur, hoc eſt, ſi inſtitutus teſtatori ſuperſtes ſit, teſtamentũ nulla ex parte valere. Quæ ſententia primùm cum illo veterre Iuriſconſultorum inſtituto conſentanea eſt: Exheredationes non eſſe interpretatione adiuuandas, ſed quoad facultas feret repudiandas. Deinde naturalem æquitatem habet, vt quo in gradu verſatur hereditas, ſi ab eo gradu præteritus ſit filius, totũ teſtamentũ propter præteritionẽ filii vitietur. Nonnulli autem ita hæc diluunt, quaſi de filiofa. hic agatur: illic autem de emancipato: quorũ diſsimilis ratio ſit. ſed videamus, ne non ſatis animaduertãt, id quod ius ciuile hoc in genere filiisfa. præſtat, Prætorem ſimillima ratione emancipatis præſtare: præterea ſi propter emancipatorum præteritionem teſtamentum reſcinditur: quanto æquius eſt propter filiorumfa. præteritionem reſcindi? Alii verò ſic diſputant: iure quidem ciuili nullum eſſe teſtamentum, cùm à primo gradu præteritus eſt filius. iure autem prætorio, valere: & quia bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas eius datur, præterito filio poſſeſſionem contra tabulas eſſe neceſſariam. Atenim ſi hanc Sabi-

nianorum ſententiam quàm hoc loco Vlpianus probat, ex Papiniani & Pauli ſententia interpretemur: perſpicue hic traditur, iure ciuili valere teſtamentum: quia, vt illi ſentiunt, tanquam obliterato primo gradu, initium ſumit à ſecundo. præterea vbi iſtius inter ciuile & prætorium ius differentiæ mentio in libris noſtris vlla eſt? Quare videamus cũ Vlpianus hoc loco Sabinianos & Caſſianos huius ſenten tiæ auctores laudet, ne ſignificet, atque adeo aperte oſtendat, in contraria ſententia Proculianos & Pegaſianos fuiſſe. Quid igitur? (dicet aliquis) ſecúmne Vlpianum pugnare & contraria tradidiſſe dicemus? nam eius nomẽ cùm hoc loco, tum in d. l. non putauit, inſcriptũ eſt. Quare videamus, ne verbum hoc PEREMPTO non ſic accipiendum ſit, vt à noſtris ſolet, pro obliterato, inducto, pro nihilo numerato: ſed potius pro Deſtituto, vel Deficien te. nimirum cũ inſtitutus ante teſtatorem deceſſerat. quaſi huius loci ſententia hæc ſit: Exheredatio à primo gradu præterita, à ſecundo facta, ſi modò primus perimatur, ac deficiat, valet. Similiter enim in l. 5, de iniuſt. Vlpianus dicit, gradum in quo nõ verſatur hereditas, eſſe nullum. Et profecto ita eſt, vt Africanus in l. ſi poſtumus, 14, infrà eod. aperte ſententiam hanc ſequatur: cũ ait, ſi poſtumus à primo exhe redatus, à ſecũdo pręteritus, à tertio exheredatus ſit, quáuis & poſtumus delibeŕáte primo mo

riatur

riatur, & primus repudiet, secundus autem vitiosus sit, non tamen testamentum à tertio gradu exordium capturum. scilicet quia secundus gradus peremptus non fuit: sed in eo hereditas versata est. Neque magnopere nos moueat, quod in d. l. si filius, §. lucius dicitur, vbi filius à primo gradu præteritus, in secundo vero scriptus heres, hoc est, substitutus est: quasi obliterato primo gradu testamentum à secundo incipere. quia cum omnis substitutio, institutio sit: filius præteritus dici non potest: sed vere & legitime institutus. etiam si centesimo gradu scriptus fuisset. Itaque dici non potest, hereditatem in primo gradu vnquam versatam fuisse. vt non sane similis horum casuum ratio dici possit. Quod cum ita sit, aut Papiniani & Pauli sententiā ex Vlpiani verbis interpretandam existimarem: hoc est, vt defecisse peremptúque primum gradum fuisse dicamus: aut certe vtrunque illorum sese ad Proculianorum numerum & sententiam aggregasse. Sabinianorum autem sententiam secutus est Pomponius in l. si à primo, 8, infrà eod. cum statuit, vbi à secūdo gradu exheredatio præterita est, quāuis in primo facta sit, tamen si omittente primo hereditas ad secundum deuoluatur, quia iam hereditas in secundo gradu versatur: irritum vsquequaque testamentum esse: & substitutum heredem non futurum. quanuis filius quoque ante prioris omissionem decesserit.

vnde intelligitur, Exheredationem non in vno tantum gradu esse necessariam: sed omnino in omnibus:duntaxat, in quibus hereditas versatur. Similiter Scæuola in. l. pen.D. de iniust. rupt. planissime demonstrat, exheredationem à secundo gradu prætermissam, quamuis à primo facta sit, (in quo ipso primo hereditas ex parte versetur) tamen si ex altera parte in secundo versari incipiat, (nimirũ ob vnius ex institutis mortem, cuius in locum vnus ex secundo gradu successit), testamentum vsquequaque irritum iudicari. vt iam dubitari non possit, eandem horum omnium sententiam fuisse, quæ & Vlpiano ascribitur in d. l. non putauit. §. 1, De contr. tab. aliqua parte tabularum exheredẽ scribi non sufficere: sed iis omnibus gradibus in quibus hereditas versatur. Sed exoritur dubitatio propter l. 5, D. de iniust. rupt. test. vbi Vlpianus hic idem noster sic scribit: Rumpendo autem testamentum sibi locum facere postumus solet: quamuis filius sequentẽ gradum, à quo exheredatus est, patiatur valere. Respondendum est, verba hæc ex subiecta disputatione intelligenda esse. nimirum vbi sub conditione institutio facta est. Hanc enim inter filium & postumum differentiam Vlp. statuit, quòd postumus pendente conditione sub qua primus gradus institutus est, agnascens, quamuis non hereditas, sed spes tantum in ea versetur, testamentum rumpit: etiam si postea

defecerit

defecerit conditio, filio verò non tantum tribuitur. conditionis enim euentum expectare cogitur: quæ si defecerit, sequentem gradum à quo exheredatus est, valere patitur. Multo minus nos locus insequens mouere debet, quẽ tamen omnes nobis interpretes obiiciunt: Sed si (inquit Vlp.) à primo gradu præteritus à secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis viuit: totũ testamentum ruptum est. nam tollendo primũ gradum, sibi locum facit. Nihil dici potest cum hac nostra sententia congruentius. idem enim prorsus de postumo statuitur, quod in l. non putauit, de filio responsum est: nimirum si eo tempore nascatur postumus, quo hereditas in primo gradu versatur, totum testamentũ rumpere. In d. l. 5, tripartita disputatio est hoc modo. Postumus à primo gradu sub conditione instituto præteritus, à secundo exheredatus, agnascitur aut pendente, aut existente, aut deficiente conditione. siue pendente autem, siue existente nascatur, vniuersum testamentum rumpit: quia hoc casu hereditas in primo gradu versatur, in illo spes. sin defecerit conditio, nihil dubitationis est, quin quasi obliterato primo, secundus gradus, valeat, & ab eo testamẽtum exordiũ capiat. Superest, vt causæ constitutionem exponamus. Ergo qui filiũ habebat, ita testamentum scripsit, vt à primo gradu eum præteriret, à secundo exheredaret:

Dupliciter aũt hæc tractatur quæstio: primũ cũ institutus testatori superstes fuit: deinde cum ante illũ decessit. Superstitem igitur institutũ ponamus, & cum secundum tabulas bonorum possessionem peteret, ei filium aduersatum, quòd se præteritum diceret. Intentio filii, Præteritus sum. D. Non es. Q. Vtrum præteritus sit, an non. R. Quia Præteritus dicitur, cuius mentio nusquam facta est: quasi obliuione omissus sit. Tui autem à secundo gradu ita mẽtio facta est, vt obliuione omissus dici non possis. F. Imo præteritus dicitur, cuius mentio ab eo gradu in quo hereditas constitit, facta nulla est. Præteritus enim non dicitur ab eo gradu, qui nullus est: pro nullo autem numeratur is, in quo nunquam hereditas constitit. Disceptatio ex ambiguitate verbi Preteritus nascitur: vtra melior definitio sit. Sed cum preteritus sit ... relationem habet sine dubio ad eum gradum, in quo hereditas versatur.

Lex. IIII.

IDEM *Libro tertio ad Sabinum.*

Argumentum.

Et maritus & non maritus facere postumum heredem potest: cuius institutio in omnes postumos, quamuis ex posteriore matrimonio, valet.

Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere, siue iam maritus sit, siue nondũ vxorem duxerit. nam & maritus repudiare vxorem

potest

potest: & qui non duxit uxorem, postea maritus effici. nam & cum maritus postumum heredẽ scribit, non utique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea quam habet uxorem, ei natus est, vel is qui tunc in utero est: verũ is quoque qui ex quacunque uxore nascatur.

COMMENTARIVS.

Hæc Sabini sentẽtia de quibusuis postumis intelligenda est: hoc est, tum de antiquis, tum de Velleanis. qua de caussa Sabini verba hæc omnia esse arbitror: Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere, siue iam maritus sit, siue nondum uxorem duxerit. Prius enim membrum ante vocẽ SIVE, multo ante Sabini ætatem constitutum fuisse constat. Præterea notandum est, Sabini sententiam in l. 3, De iniust. rupt. ex hoc eodem & libro tertio & disciplinę genere sumptam fuisse. Postumi virilis sexus, inquit, ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentũ agnascendo rumpant. Quo in loco cum de testamenti ruptione agatur, verisimile non est nõ illa quoque verba interiecta fuisse, VEL INSTITVENDI. quinetiam satis constat, multo magis de institutione, quàm de exheredatione factam mentionem fuisse. Quod cùm ita sit, nonnę post illam sententiam absurdissimũ fuisset, hoc tãtum inferre: Placet omnem masculum, posse postumum heredem scribere. præsertim

fertim, vt iá antè dixi, cùm id multis ante Sabinú ætatibus cōstitutú fuerit. Cùm autē Sabinus illo verbo PLACET vtatur, verisimile est eū significare, placitū hoc de nō maritis suo tēpore decretū cōstitutúq; fuisse. vt in d. l. 3, §. Sed etsi. Placet, siue post mortem testatoris &c. eá enim secundam Sabini sententiam esse arbitror. Placiti autem æquitatem ex eo sumptá puto, quòd Vellea lex indefinite scripta sic erat: Qui testamentum faciet, is omnem qui ei suus heres futurus erit, instituendi exheredādiúe ius habeto. Cùm enim OMNEM dixisset, generaliter & ex iám marito & ex nondum marito nasciturum cōplexa videbatur. Itaque disceptatio ex scripto & sententia legis nascebatur. Ex hoc autē Iurisconsultorum placito quæstiones natæ sunt innumerabiles, veluti de senibus, de spadonibus, de muliere quæ iam vxor esse non potest.

Omnem masculum. Sic correximus in lege Vellea: QVI VIRILIS SEXVS, testamentum faciet &c. Nam propter mali ominis rationem, de mulierū postumis nihil statuitur. quid enim? Scriberétne mulier: Si quis ex me cæso vtero meo nascatur? qui solus muliebris postumi casus est. Hæc igitur, vt dixi, disputatio non attingitur: quasi abominabilis.

Postumum. Duntaxat, suum. Est autem postumus suus, qui si testamenti tempore natus fuisset, proximum ab eo in ipsius familia locū obtinuisset. l. scripto, §. D. si tabul. test. null.

Alieni

Alieni autem postumi qui dicantur, & quamobrem institui non potuerint, alio loco explicatum est.

Siue maritus. Harum trium caussarum disceptationes meo iudicio ex Iuris & æquitatis contentione natæ sunt. Ius enim prohibere videbatur, ne tam incertum testatoris consilium admitteretur. præsertim in eo postumo, qui ex posteriore matrimonio susciperetur. constat enim testatorem de eo sensisse, qui ex præsenti matrimonio nasceretur. De eo verò, qui ex insequenti conciperetur, abominabile est dicere, quicquam illi in mentem venisse, quasi tum vel de vxoris morte, vel de diuortio cogitasset. Contrà æquitas, id est, fauor testamentorum & institutiònis pugnabat. plerunque autem præsertim in testamentis, vbi ius & æquitas inter se contendunt, æquitas præponderat.

Heredem scribit. Indefinitè: Si quis mihi intra decem menses quam moriar, genitus erit. non definitè: Ex Seia vxore. Tum enim finibus certæ persônę circũscripta institutio est. l. filius, §. Si quis, infra eod. Quid igitur si simpliciter dixerit. Ex mea vxore? Fauor, vt opinio mea fert, & æquitas testamenti etiam huic momento præponderabit.

Lex V.

Iavolenvs *Libro primo ex Cassio.*

Ideoque qui postumum heredem instituit, si post

testamentum factū mutauit matrimoniū: is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est.

COMMENTARIVS.

Ex posteriore matrimonio. Hoc, vt antè dixi, cōtra iuris summi rationem propter æquitatem & fauorem testamētorum benigna interpretatione inductum est. Itaque præclare quæri potest, quid de exheredatione iuris sit, quam toties diximus interpretatione nō adimeri. Sed potius oppugnari. nam si scriptum ita sit: Postumus heres esto: & plures nascantur, omnes instituti intelliguntur: l. qui filiabus, 17, §.1, de leg. primo. arg. l. si quis ita, 16, de testam. tut. at per hanc scripturam: postumus exheres esto, si plures sint nullus exheres erit. vt l. 2, suprà, eod. Quid igitur si qui sic scripserat: Postumus exheres esto: postea vxorem aliam duxerit? Sanè nostri similem exheredationis & institutionis rationē esse existimant, propter d. l. 3, §. pen. vbi sic scribitur: Sed etsi dixerit postumus exheres esto: natus vel post mortem vel viuo testatore, non rumpet. Verum videamus primum ne hoc contra Regulæ superioris de exheredationis odio, analogiam dicatur. Deinde ex his verbis nihil eiusmodi cōcipi posse.

LEX VI.

VLPIANVS *Libro tertio ad Sabinum.*

Argum

Argumentum.

Qui generare propter insanabile vitium non potest, is heredem facere postumum non potest, atqui propter non desperatum, potest.

Sed est quæsitum, an is qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit. & scribit Cassius & Iauolenus posse. Nam & vxorem ducere, & adoptare potest. Spadonem quoque posse postumum heredem scribere, & Labeo & Cassius scribunt: quoniam nec ætas nec sterilitas ei rei impedimento est. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus, non putat postumum heredem posse instituere quo iure vtimur. Hermaphroditus plane si in eo virilia prævalebunt, postumum heredem instituere poterit.

COMMENTARIVS.

Sed est quæsitum. Ex notis illis OMNEM Masculum, quinque partita hæc disputatio nata est: de hermaphroditis, senibus, hypospadiæis, spadonibus & castratis.

Generare facile. [illegible], vt opinor, significat; cui (vt Galenus lib. de vsu part. xv. scribit) ob vinculũ quod in extremo cole habet, meatus est distortus, qua de caussa procreare liberos non potest: non quò fœcundũ semen non habeat, sed quòd in colis anfractibus adhærescẽs, vibrari procul non possit.

Facere possit. Cùm enim postumum habiturus non sit, (id quod de castrato quidem constat) quasi vitiosa & impossibilis hæc adiectio

 sit,

sit, non ritè testamentum factum videtur: præsertim cùm testamenta legitimis & sollennibus obseruationibus constarent. Contrà Sabiniani, adiectionem hanc, quasi superuacaneam, nihil nocere iudicarũt. si quidem (vt Paulus lib. Sent. III. scribit) in testamentis superuacanea non nocent.

Cassius & Iauolenus. Significare videtur, propriam hanc Cassianorum sententiam fuisse. contrarium autem Proculianos sensisse. At mox infert, nihil inter illos de spadonibus controuersiæ fuisse. Antistium enim Labeonem cùm dicit, principem Proculianæ sectæ dicit. Male igitur de nobis meritum Tribonianum dicemus: deterius verò nosmetipsos de nobis ipsis, qui in istis saxetis excolẽdis operam abutamur.

Spadonem quoque. Tria hoc loco impotentium genera perspicuè constituit ὑποσπαδιαίους, Spadones, & castratos. quos tamen omnes generali spadonum nomine contineri, traditur in l. Spadonum, 128, De verb. sig. Hypospadiæi coire possunt & verò sublato vitio generare. Spadones coire possunt: generare non possunt. Castrati verò neq; coire, neque generare possunt.

Nam & vxorem. Idem quoque de spadone traditur in l. si serua, 39, §. 1, D. de iur. dot. & l. 2, & de adopt.

Et Rei. Postumi institutioni: quod idem de ætate & valetudine traditur in l. 9, infrà eod.

Proculi opinionem. Sanè perspicuè ostendit

in con-

in cõtraria sentẽtia Sabinianos fuisse, quasi adiectione superuacanea testamenta non vitiarẽtur. Eorúmque sententiam testamentorum fauor adiuuant. Proculianorum autem ratio hæc fuisse videtur, quasi in testamentariis actionibus nihil nisi sollemne, certum ordinarium & legitimum adhibendum esset. Castrati sanè neque vxores ducere, neque adoptare possunt. d. l. Si serua. & l. 2, De adopt.

Hermaphroditus. Quasi apertè significet, duci ab eo vxorem posse.

Lex IX.

PAVLVS *libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Quem neque natura, neque honestas, sed vitiũ aliquod contingens postumum habere prohibet, is postumum tamen instituere, itaque prius testamentum rumpere potest.

Si quis postumos, quos per ætatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit: superius testamentum rumpitur. quòd natura magis in homine generãdi & consuetudo spectãda est, quam temporale vitium aut valetudo, propter quam abducatur homo à generandi facultate. Sed si ex ea quæ alij nupta sit, postumum quis heredem instituerit: ipso iure nõ valet, quòd turpis sit institutio.

COMMENTARIVS.

Si quis. Hanc Sabini sententiam esse arbitror, vsque ad verbum QVOD NATVRA.

Ætatem. Annorum ſexaginta, ſecundum legis Pappiæ Poppeæ auctoritatem. l. pen. C. de nupt. l. Si maior, C. de legit. heredit. De ætate autem non puto à Sabinianis Proculianos diſſenſiſſe.

Valetudinem. Vtrum ægrotationem tantum ſignificat, an verò etiam & naturæ vitium, & caſum, & artem? Et cùm ſuperius dictum ſit, proculianorum de caſtratis contrariam ſententiam fuiſſe, non obſcurè, vt opinor, hanc quoque de iis Sabinianorum opinionē fuiſſe ſignificatur. Demonſtrat enim ſexum potius ſpectari quam vitium. cuius rei perſpicua eſt æquitas. Multos enim maritos eſſe conſtat, de quibus non dubitatur quin rectè poſtumos inſtituāt: cum tamen arcano quodam naturæ vitio laborēt, quo procreare liberos impediuntur. Quæ igitur in communi naturæ ordine poſita ſunt, Iuriſconſulti ſpectant: arcana autem, itemque accidētia, denique, vt rem in pauca conferam, coniugii myſteria non ſcrutantur. Sabinianorum ſanè ſententiam teſtamentorum fauor adiuuat. Cauſſæ conſtitutio hæc fuerit. Cùm generandi impos teſtamentum feciſſet, poſtumúmque ſibi heredem inſtituiſſet, eo mortuo legitimi heredes vitioſum eſſe teſtamentum dicebant. Intentio igitur ſcriptorum hæc fuit: Teſtamētum vitiatum illa adiectione, quippe ſuperuacanea non eſt. D. Imo vitiatum eſt. Q. Vtrum ſit, necnē? R. Quia inſtitutus heres eſt, qui in rerum natura

neque

neque erat,neque esse potuit. F. At æquitas testamentorum postulat, vt naturam duntaxat & sexum spectemus: hominum autem imbecillitatem non scrutemur.

Lex VII.

Argumentum.

Prius testamentum per posterius, quod ipso iure nullum est; non rumpitur.

Si filius qui in potestate est præteritus sit, & viuo patre decedat: testamentum non valet, nec superius rumpitur: & eo iure vtimur.

COMMENTARIVS.

Non valet. Disceptatio ex ambiguitate scripti nata est: Vtrum suus præteritus dicatur, qui mortis patrisfam. tempore suus erat: an qui testamenti. Et respondetur præteritionem sui ex testamenti tempore æstimandam. quoniam legis actiones ex præsentis temporis iure vires sumunt nō ex incerto futuri temporis euentu pendent. §.1, De exhered. lib. l. Siquis, 16, in fin. D. de vulg. substit. Dubitandi caussam angebat, quòd mortis tempore, quo precipuè testamenti ius æstimatur, nemo præteritus reperiebatur. Casus enim & euentus testamētum comprobarat: neque filiofam. vlla ex eo iniuria nascebatur: Sed, vt dixi, testamenta ab initio vitiosa ex post facto non conualescunt. Obiicitur. l. postumus, 12, De iniust. testam. Vbi contrarium de postumis

mis ſtatuitur. Sed Vlpianus teſtatur, id non ex iuris ordinarii ratione, ſed potius contra iuris ſummi normam atque ordinem ex duorum Cæſarum imperio conſtitutum fuiſſe: neque longius vlla petenda ſolutio eſt. nam eadem & filii & poſtumi viuo patre agnati præteritorum ratio eſt. tametſi poſt patris mortem agnatus tum demum rompat. l.3, De iniuſt. teſtam. Sed vt dixi, præter iuris ordinem id à Cæſaribus pro imperio conſtitutum eſt. Fruſtra etiam obiicitur l. filio, 17, eod. tit. Nam ibi quoque Papinianus apertè ſcribit, id ſe ex bono & æquo contra iuris ſummi rationem reſpondiſſe. Duplex autem ibi æquitas valebat: Teſtamenti conſeruandi, & filii præteritionem comprobantis. At in lege noſtra, teſtamenti poſterioris fauor nullus eſt: quin potius primum teſtamentum adiuuandum eſt. Filius porrò ante teſtatorem deceſſerat: neque inteſtatus pater moriebatur. Supereſt l. ſi duobus, 12, §. 1, De contr. tabul. Sed cum eo loco, tum etiam in l. hac conſultiſſima, §. vltim. C. De teſtamen. exceptio ab hac noſtra lege & regula proponitur: Cùm in teſtamento poſteriore & imperfecto, legitimi heredes inſtituti ſunt. qua de cauſſa in d. l. ſi duobus, argumentum hoc notauimus: Prius teſtamentum, per ſecundum imperfectum quo præteritus eſt filius, ſi in hoc venientes ab inteſtato ſcripti ſunt, filio remoto euerti ſolet.

Lex VIII.

POMPONIVS *libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Non si filius à primo exheredatus, à secundo præteritus ante primam repudiationem decedat, idcirco substitutus heres erit, quasi quia filius non extaret, idcirco eius non esset vitiosa præteritio. nam substitutio ab initio vitiosa, postea non conualescit.

Si à primo herede instituto filium exheredauero, à secundo autem substituto non exheredauero: & dum pendet an prior aditurus sit, filius decesserit: secundum sententiam qua vtimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, cum ab eo filius exheredatus non sit. quod si in postumo filio idem acciderit, vt natus viuo patre, à quo exheredatus sit moriatur, eadem dicenda erunt de substituto: quoniam cum est natus filius, loco eius est qui superstes est.

COMMENTARIVS.

Si à primo. Filio postumoue à secundo gradu præterito, quamuis & à primo gradu exheredati sint, & iis mortuis primus deficiat, testamentum tamen intercidit.

Dum pendet. Dum institutus deliberat.

Secundum sententiam. Quidam alii, Secundum Iuliani sententiam, quod mihi (vt paulò post dicemus) magis placet. Nam ad Sabinum disputata hæc sunt.

Non erit secundus heres. Latinæ linguæ consuetudo sic postulabat, Secundus nõ erit heres.

Inutiliter institutus. Vnde duplex doctrina sumitur : Exheredatio ab omnibus gradibus in quib. hereditas versatur, facienda est. l. non putauit, 8, §.1, D. de contr. tab. Item : Exheredatio ab initio vitiosa, per euentum insequens non conualescit. quoniam, vt sæpe dictum est, legis actiones ex præsenti tempore vires sumere, non ex incerto futuri temporis euentu pendere debent. Sed caussæ constitutionem videamus. Intentio proximi agnati : Substitutio ritè facta non est. D. Imo ritè facta est. Q. Rectène an secus? R. Quia cùm eo tempore quo substitutio locũ habuit, filius dici præteritus non possit, quippe iam mortuus: ac propterea nulla ei iniuria facta sit: fauor testamenti postulat, vt mens testatoris potius quam iuris summi subtilitas spectetur: Denique satius est testamento, & certæ testatoris voluntati, quam iuris summi rationi seruire. F. At propter filiorum fam. rationem, summum ius obseruandum est, vt ab initio vitiosa substitutio propter euentum insequens non conualescat. Disceptatio ex iuris & æquitatis contentione nascitur. Paulus respondet pro iure summo, Secundum, inquit, Iuliani sententiam, qua vtimur: sic enim nonnullis in libris legitur: vt facilè appareat, varias hac de re Iuriscõsultorum sententias fuisse. & profecto ita est, vt aperte summũ ius Paulus hac in caussa sequatur. Cùm contra æquitas & testamentum sustineri, & testatoris voluntatem sequi iuberet: quippe cùm

satis

ſatis cõſtet, teſtatorem maluiſſe ſubſtitutos ſuá hereditatem habere, quam agnatos, neque filiorum fauor hac in re locum habeat: cùm iam ante deceſſerit. Ab hac Pauli ſententia facit illud Iuriſconſultorum axioma: Exheredationes odioſas & quam maximè auerſandas eſſe: l. cum quidem, infra eod. cuius rei exemplum proxima ſuperior lex ſuppeditat: item, l. Si poſtumus, 13, infra eod.

Natus viuo patre. Viuo priore, ſine dubio corrigendum eſt: vel (vt nõnulli alij ex antiquis libris corrigunt) Viuo primo. Nam ſi viuo patre natus & mortuus fuiſſet, Pomponius propter Adriani ſui reſcriptum aliter reſpondiſſet: ex l. poſtumus, 12, D. de iniuſt. teſtam. Præterea diſſimilis à ſuperiore controuerſia hæc fuiſſet. In hanc autem ſententiam Africanus quoque reſpondit in l. Si poſtumus, 14, infra eod. Sed quæri poteſt quamobrem magis in hac cauſſa qua poſtumus deliberante inſtituto natus & mortuus eſt, ius ſummum obſeruetur: quam in ea qua viuo patre natus & mortuus eſt? vt d. l. poſtumus. Ac meo iudicio hæc cauſſa eſt: quia in hac cauſſa poſtumus heres eſſe potuit: vt d. l. ſi poſtumus, 14. Nimirum ſi prætermiſſionibus inſtitutis ſuperuixiſſet. At cùm ante patrem deceſſit, heres eſſe non potuit.

Loco eius eſt. Sequitur in Enuntiatione poſtumus à ſecundo gradu prætèritus & deliberante primo moriens, teſtamentum rumpit. d. l. Si poſtumus.

Lex XIIII.

AFRICANVS *libro quarto Quæstionum.*

Si postumus à primo gradu exheredatus, à secundo præteritus sit: quamuis eo tempore nascatur, quo ad heredes primo gradu scriptos pertineat hereditas, secundum tamen gradum vitiari placet: ad hoc vt prætermittentibus institutis ipse heres existat. immo & si defuncto eo heredes instituti omiserint hereditatem, non posse substitutos adire. Itaque & si à primo gradu exheredatus, à secundo præteritus, à tertio exheredatus sit, & viuentibus primis, & deliberantibus decedat, quæri solet omittentibus primis aditionem, vtrum ad eos qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos heredes pertineat hereditas, quo & ipso casu rectius existimari putauit, ad legitimos eam pertinere. nam & cum duobus heredibus institutis, & in singulorum locum facta substitutione, à primis exheredatus postumus, à secundus præteritus fuerit: si alter ex institutis omiserit, quamuis postumus excludatur, non tamen magis substitutum admitti.

COMMENTARIVS.

Caput hoc cum octauo propter argumenti similitudinem, coniungendum est. Eius autem summa hæc est. Postumi præteritio à secundo gradu commissa, si modo ad eum gradum hereditas deuoluantur, totum testamentum, quamuis ipse primis deliberantibus decedat, euertit.

Pertineat. Id eſt, defertur: vel, in eorum gradum verſatur: vt Vlpianus loquitur in l. non putauit, 8, §, à primo, D. cont. tab.

Vitiari. Enuntiatio. I. poſtumus à ſecūdo præteritus, & primo, à quo exheredatus fuerat, deliberante, agnaſcens, ſecundum gradum vitiat. Non enim dixit, RVMPIT: cùm adhuc nullus eſſet. Vt in l. 5, D. de iniuſt. teſt. Sed vt filii præteritio antequam teſtamentum locum habeat, vitiare illud dicitur: ſic præteriti poſtumi agnatio ſubſtitutionē locum habiturā tanto ante vitiat.

Heres exiſtat. Enunt. II. poſtumus à ſecundo tantum preteritus, priore repudiante, hereditatem aufert.

Imo etſi. Hec eadem que prima enuntiatio eſt: niſi quod illis verbis amplificatur: Primo deliberante agnaſcens & mortuus.

Ad legitimos. Seq. IV: Poſtumus à primo & tertio exheredatus, à ſecundo præteritus, quamuis primis deliberantibus decedat, iíque omittant, totum teſtamentum euertit. Diſceptatio ex eodem quo ſuperior fonte ducitur: nimirum ex iuris & æquitatis contētione. Nam æquitas à ſubſtitutis faciebat. primùm propter teſtamētorū ſuſtinendorū fauorē: deinde propter certā teſtatoris voluntatē, à quo cōſtat ſubſtitutos agnatis præpoſitos fuiſſe. præterea filii fauor nihil hic loci habebat, is enim deceſſerat. Qua de cauſſa variè hac de re inter Iuriſcōſultos diſputatum, verba hæc ſignificāt, Quæri ſolet. Item,

Rectius existimari putauit. Africanus tamen ius summum æquitati anteponit: nimirum propter odium exheredationis, quæ semper ad summi iuris regulam exigitur: & tanquam ad viuum resecatur.

Nam & cum. Argumentum est ex comparatione maioris:q.d. Si substitutus non admittitur, vbi tamen heredi legitimo (nimirum postumo) locus non est: multo minus admittetur, vbi legitimo locus est. Nam Africanus hoc ius quasi pro certo & confesso sumit:in quo tamen magnam video controuersiam versari. Nam Scæuola in l.pen. infrà de iniust. test. apertè contrà statuit, ruptum testamentum esse:neque iuri accrescendi locum fore: nisi forte instituti inuicem substituti sint. Cùm autẽ veteres Iurisconsultos non puduerit apertè dessentientes suas opiniones profiteri, nostri, opinor, vt illorum existimationi consulant, atque etiam Triboniani auctoritati pareant, conciliationes quærũt. Quid impudentius Accurtii interpretatione? Quamuis postumus excludatur: id est, non admittatur tanquam institutus: at tãquam legitimus. Nam ecquonam modo vt institutus adiret, qui & à primo exheredatus est, & à secundo præteritus? Nihilo probabilior est Dini interpretatio, quam tamen ab omnibus receptam video: vt excludi dicatur postumus per mortẽm: quasi item vt in superiore casu primis deliberantib. decesserit. Quis enim locutus vnquam

ita eſt: Excludetur ab hereditate qui mortuus eſt? Nam excluduntur, opinior, non qui ſepulti ſunt, ſed qui ingredi conabantur. Denique huiuſmodi deliria hominibus Latinæ linguæ imperitis relinquenda ſunt. Quid igitur dicemus? Africanus ſane excludi poſtumum ſignificat: nimirum vt pars inſtituti deficiēt alteri coniuncto accreſcat. quippe cùm neque ſubſtitutio propter præteritionem valeat: neque propter vnius ex inſtitutis repudiationem, conualeſcat: & poſtumus ab hoc primo gradu exheredatus ſit, in quo nunc hereditas verſatur. Atenim ſi ſic poſtumus excludatur, adiuuari exheredatio videbitur. Sed cùm de teſtatoris voluntate conſtet, vt inter coniunctos accreſcendi ius ſit, non interpretatione vlla exheredatio adiuuatur: ſed certa & explorata teſtatoris voluntas ac ſententia conſeruatur. Scæuolæ autem opinionem valde admiror: qui ſignificare videtur, in alterius ex inſtitutis deficientis locum, alterum ex ſubſtitutis vocari: ſed tamen teſtamētum rumpi: cùm ſatis conſtet & inter coniunctos accreſcendi ius eſſe: neque ſubſtitutionem hanc vitio ſam propter vnius ex inſtitutis defectionē conualeſcere. Africani ergo ſententiam hæc enuntiatio comprehēdet: Duobus inſtitutis quorum ſingulis ſinguli ſubſtituti ſunt, ſi poſtumus à ſubſtitutis tantum præteritus ſit, vno ex primis omittente, pars eius alteri accreſcit: id eſt neq; poſtumus neq; vllus ex ſubſtitutis admittetur:

Controuerſia igitur hæc inter poſtumum & inſtitutum admittentem verſata eſt: Nam cùm ille ruptum teſtamentum diceret, Intentio huius hæc fuit: Præteritus dici non potes. D. Imo preteritus ſum. Q. An præteritus dici poſſit? R. Quia cùm in deficientis inſtituti locum alter ex ſubſtitutis vocetur, patet hereditatem in ſecundo gradu verſatam, à quo exheredatus non ſum. F. At ſubſtitutio ab initio vitioſa, propter euentum inſequens, hoc eſt, propter vnius ex inſtitutis repudiationem non conualeſcit. Diſceptatio ex contrariè ſcriptis nata eſt, quorum alterum ab altero modificatur: Hereditas enim quæ verſari in ſecundo gradu non poteſt, rectè propter vnius ex inſtitutis admiſſionem in primo gradu conſiſtit.

In ſingulorum locum. Primus & ſecundus heredes ſunto: ſi Primus non erit, tertius eſto: Si ſecundus non erit, Quartus eſto. Idem iuris eſt, ſi vterque vtrique ſubſtitutus ſit: veluti ſi vterque heres non erit, illi ſunto. Scæuola autem in d.l. pen. §.1, putauit, niſi inſtituti inuicem ſubſtituti ſint, repudiantis partem deficere, atque ita ex ea parte inteſtati exitũ patremfa. habuiſſe, quippe ab herede deſtitutũ. Quod contra Africanus ſenſit: quaſi cùm ſubſtitutio vitioſa fuerit, pro non ſcripta ac pro nulla numeretur. Ob eámque cauſſam ius accreſcendi coniuncto fore, quaſi ſubſtitutio aſſcripta non fuerit.

§. *Quod*

§. Quod vulgo.

Argumentum.

Filius à secundo præteritus, dum in primo vel exasse vel ex parte sit institutus, testamentum non vitiat.

Quod vulgo dicitur, eum gradum à quo filius præteritus sit, non valere: non usquequaque verum esse ait. Nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum à substitutis exheredari. Idemque si filio & Titio heredibus institutis, Titio Mævius substitutus sit, omittente Titio hereditatem, Mævium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exheredatus non sit.

Commentarius.

Eum gradum. Enuntiatio I, Gradus à quo filius præteritus est, non valet. l. 3, suprà eod. Gradus autem is demum intelligitur, in quo hereditas versatur. Nam in quo deficit, nullus est. l. 5, infrà tit. prox. l. non putauit, 8, Con. tab.

Usquequaque verum. Modestiùs dixisset, Ecceptionem hanc recipit: Nisi filio ius suum constet.

Non debere. Sequitur II, Filius primo gradu institutis, substitutionem à qua præteritus est, non vitiat. Cuius rei æquitas hæc est: Nam si filius viuit, hereditatem obtinet: ac proinde queri nihil potest. sin mortuus est, non potest proximus agnatus dicere substi-

tutionem ab initio vitiosam fuisse: ac propterea ob insequentem filii mortis euentum non conualuisse. Cùm enim filio suum ius primo loco redditum sit, vitii in substitutione nihil fuit. Tum enim vitium est, cùm iniuria filio facta est. Simillima ratio est, cùm à primo præteritus filius, in secundo substitutus est. Cùm enim omnis substitutio, institutio sit, patet ius suum filio constare: ac propterea testamentum primo gradu obliterato, ac pro nihilo habito, à secundo gradu exordium captum. l. si filius, D. de hered. instit. l. ex facto, 43. §. Lucius, de vulg. & pupill.

Mæuium adire. Seq. III, Substitutio ei qui cum filio coniunctus est; quamuis omissa filii mentione, facta comprobatur. Disceptatio ex scripto & sententia nascitur. Scriptum (hoc est enuntiationem primam) filius vrgebat. Sententiam substitutus: At regula hæc intelligitur, nisi filio ius suum constet, vel nisi filio nulla iniuria facta sit. Nam profecto ita est: Gradum à quo filius præteritus est, propterea vitiosum dici, quia filio iniuria facta est, & suum ius non redditum. Itaque valet hæc Enuntiatio; siue ipsi filio siue coheredi, siue vtrique facta sit. idque eo magis; quia dando testator coheredem filio, facit eum voluntarium. l. apud Iulianum, 11. §. Iulianus, D. ad Trebell.

Ex Lege. IX. §. Sed si ex ea.

Argumentum.

[1] Postumus ex ea quæ vel alteri nupta est, vel duci vxor non potest, non rectè instituitur. at ex sorore adoptiua rectè institui potest.

Sed si ex ea quæ alij nupta sit, postumum quis heredem instituerit, ipso iure non valet: quòd turpis sit institutio.

§. pen.

Sed si ex ea quam nefas sit ducere, postumum heredem instituero, non putat rumpi testamentum Pomponius. Sed si per adoptionem sororem factam habeam, potero postumum ex ea heredem instituere: quia adoptione soluta possum eam ducere vxorem.

COMMENTARIVS.

Ipso iure non valet. Enunt. I, Postumi ex ea quæ alteri nupta est, turpis est institutio. Hæc enim formula, Si quis mihi ex illa post meam mortem nascatur, conditionem in alicuius matrimonii solutionem confert, quæ mali ominis & detestanda est. At ex vidua postumum instituere filium ius est, l. postumum, 27, infrà eod. Aliud ergo est, Turpis institutio: aliud Institutio sub turpi conditione facta. Nam illa nihil nocet, & pro non scripta numeratur.

Nefas sit. Seq. II, Postumus ex ea quam ne-

fas sit ducere, non rectè instituitur. Quod enim ait, NON RVMPI, ad superiorem Sabini sententiam referendum est, vt sit, Prius testamentum per posterius in quo talis postumus institutus sit, non rumpi. Sed aliud est nefas esse, aliud non licere, Nam ex ea quam non licet, sed spes est fore vt liceat, rectè concipitur institutio. l. filius, 28, §. pen. D. de lib. & postum.

Per adoptionem sororem. Seq. 111, postumum ex sorore adoptiua institui heredé ius est quippe cum adoptione soluta cognatio illa omnis intercidat. §. 4, De nupt. l. per adoptionem, 17, De ritu nupt. Quod autem Iustinianus in §. Tutor, 26, De legat. scribit, postumum alienum institui posse, nisi in vtero eius sit, quæ iure nostro vxor esse nō potest: quæri potest, an ad Vestalis & ascetriæ postumum referri possit: quoniam postumum ex sorore nihil, hoc quidem iure, prohibeat instituere. Sed videamus ne verba hæc, QVI IN VTERO SIT, in vestali de testanda sint. Qua de re in Institut. Commentariis planius explicabimus.

§. *Si filium.* Lex IX.

Argumentum.

Nepos filio ex heredato præteritus quamuis ante aditionem filius decedat, non rumpit, nisi iam tum apud hostes captus filius, ibidem postea decesserit. At si institutus repudiarit, legitimus heres nepos existet.

Si filiũ exheredauero, nepotémque ex eo prateriero, & alium heredem instituero, & superuixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum; Iulianus & Pomponius & Marcellus aiunt. Diuersúmque est si in hostium potestate filius sit, & decesserit in eodem statu. Rumpit enim his casibus nepos testamentum, quòd moriente auo filij ius pependerit, non abscissum, vt superiore casu fuerit. Sed etsi heres institutus omiserit hereditatem, erit legitimus heres, quoniam hac verba, Si intestato moritur *ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.*

COMMENTARIVS.

Nepotem præterito. Nepos viuo filio superstes, non propriè præteriri dicitur. Nam præteriti verbum in eos demum qui sui sunt, conuenit. Etsi autem exheredatio suitatem extinguat, tamen non nisi post aditam hereditatem valet exheredatio. l. filium, 20; D. cont. tab. Cùm tamẽ hoc casu filii exheredatio exitum habeat, idcirco præteritionis verbum in nepotis persona admittitur. Rumpere porro dicitur nepos, quia successio eius in filii Suitatem quasi agnatio est. Quod autem de superstite nepote Paulus hoc loco disputat, idem ab Vlpiano tractatur de postumo in lege Siquis, 6, infrà titulo proximo.

Superuixerit. Nam ſi ante teſtatorem eſſet mortuus, nepos ſuccedens ſine controuerſia rumperet.

Non rupturum. Enunt. 1, Exheredato filio nepos præteritus, quamuis filius ante aditionem decedat, non rumpet. l. Siquis, 6, infrà titulo proximo, & l. Scripto, 7, D. vnde lib. Diſceptatio ex ſcripto & ſententia naſcitur. Scriptum eſt, Sui heredis præteritio teſtamentum infirmat. Sententiam autem ſcriptus heres vrgebat: At ſuus non dicitur niſi qui mortis tempore primum in familia gradum obtinet. d. l. Scripto. Secundum hanc ſententiam Paulus ſcribit Iulianium Pomponium & Marcellum reſpondiſſe. quibus verbis non obſcurè ſignificat, alios nonnullos in contraria ſententia fuiſſe: opinor, propter odium præteritionis & liberorum fauorem. Nam hunc nepotem obliuione præteritum diſputabant: ac propterea æquius eſſe, eum auitam hereditatem quàm extraneum habere. Itaque horum ſententiam Iuſtinianus ſecutus, & aliorum nimiam argutiam improbans in l. Siquis filium, 34, C. de inoff. teſt. Inofficioſi querelam hoc caſu nepoti defert. Eò accedit, quòd ſi inteſtati exitum auus faciat, à ſcripto videlicet herede deſtitutus, tum huic nepoti ſui heredis nomen conceditur: vt poſterius dicemus. Quare cum Suitas ex inſequenti euentu aut aditionis aut repudiationis non pendeat, tam hoc caſu, quam illo altero ſuus

ro ſuus hic nepos eſſe videbatur. Paulus autem eam rationem ſecutus eſt, quam Vlpianus in d. l. 6, profert. Cùm nec exheredari inquit, huiuſmodi nepos deberet ab auo, quem pater præcedebat. ac proinde ſibi iniuriam factam queri non poteſt. Papinianus autem in l. Scripto, 7, D. vnde lib. ſubtiliſſimè diſputat, inter cauſſam teſtati & cauſſam inteſtati. Nam in cauſſa teſtati, hoc eſt, in hac ipſa, cùm heres ſcriptus adiit filium obſtaturum nepoti, ne ſuus heres dici poſſit. At ſi inteſtati exitum Auus habuerit, à ſcripto ſcilicet herede deſtitutus, tum filium nepotis Suitatem non impediturum. Quòd ſane per ſubtiliter diſputatur, non quo rerum naturam argutiis noſtris ſuperemus: ſed quia quum dubium non ſit, quin nepos heres ſit, nullo iure niſi Sui heres eſſe poſſit. Quòd ſi veritatem ſubtilius inſpicere velimus, neceſſario certè dicendum eſſet, Nepotis Suitatem propter filii ſuperſtitis rationem tantiſper ſopitam fuiſſe. Vt ſi ſcriptus adeat, planè extinguatur: ſin repudiet, tum verò quaſi rediuiua excitetur.

Rumpit enim. Seq. 11, Nepos filio qui apud hoſtes eſt exheredato, præteritus, ſi filius ibi decebat, rumpit. d. l. 6, §. ſecundo, In hac enim quæſtione eoſdem quos in ſuperiore terminos retineri arbitror: nimirum, vt filius captiuus exheredatus ſit. ex l. illa inſtitutio, §. primo, De hered. inſtit. Alioqui

nihil

nihil prope dubitationis res haberet. Huius autem æquitas sententiæ ex insequenti Enunciatione constabit.

Filij ius pependerit. Enunc, 111, Exheredatio sui ius extinguit: at captiuitas suspensum relinquit. l. prima, §. penultimo, D. de suis & legit. l. filium, 29, §. Videamus, in fin. D. cont. tab. l. illa institutio, 32, §. primo. De hered. instit. Suspensum autem captiuitas relinquit, propter postliminii fictionem: de qua in §. 4, Quibus mod. ius patr. potest, Dixi autem SVI IVS in pristina sententia mea permanens, vt pro FILII IVS, legamus SVI IVS. hac de caussa, quia non de filii sed de nepotis Suitate hic agitur. Quod vel ex his verbis potest intelligi: NON ABSCISSVM, VT SVPERIORE CASV, FVERIT. Nam hoc quoque casu filii Ius per exheredationem abscissum est. Communis autem error ex eo natus est, quia non animaduertebatur captiuum hunc filium æquè vt superiorem exheredatum fuisse: quod nisi ponamus, caussam, vt ante dixi, dubitandi omnem subducemus. Mira etiam subtilitas hoc loco notanda est: quam in l. Gallus. §. Si eius, & §. videndum, notauimus. nimirum neque veritatem neque legis Corneliæ fictionem vsquequaque accipi: sed vtranque ex parte duntaxat. Nam si fictionem in totum acciperemus, qua filius ipso captiuitatis momento decessisse fingitur,

Nepotem

Nepotem iam tum ab eo tempore, ante testamentum suum heredem fuisse diceremus : ac proinde non rumpere, sed scriptis heredibus accrescere. Nunc cum Suitatem adeptum fingimus duntaxat post testatoris mortem: cúm filio per mortem de Suitate remoto, in eius locum successit. Nepotis ergo Suitas superiore casu propter filii exheredationem abscissa fuerat. Nam exheredatio filii, si exitum habeat, nepotis quoque exheredationem secum affert. At hoc casu non abscissa, sed suspensa erat, quia si filius redeat, Nepos non dicetur mortis testatoris tempore suus fuisse. sin ibi decedat, dicetur. Subtilissimè ergo differentia notatur, inter exheredationem filii qui in potestate est, & eius qui apud hostes est. Nam illa nepotis Suitatem statim abscindit. Hæc verò suspensam relinquit. quia si ibi filius decedat, pro nulla numeratur, quasi iam mortuus exheredatus fuisset.

Omiserit. Enunt. IIII, Nepos exheredato filio præteritus, si institutus repudiet, legitimus heres erit. l. Scripto, 7, D. vnde lib. vbi Papinianus caussam hanc explicat.

Hæc verba. Legis XII, tab. Si intestato moritur cui suus nec extabit heres, agnatus proximus familiam habeto. Dubitandi caussam Papinianus hanc affert, quia proximum gradum nunquam tenuit. Diluit autem, quia cùm illum heredem esse constet, nullo alio iu-

q re quàm

re quàm hoc vnico Suitatis heres esse poterit. Simul caussam hanc adiicit, quia tametsi filius gradu processit, tamen successione non præuenit. Nunquam enim tempus extitit, cùm ei hereditas defferretur, & in eius persona versaretur. Pauli autem quæ hoc loco traditur. ratio, subobscura est. cui nanque dubium vnquam esse potuit, quin verbum illud legis. INTESTATO, non ad mortis tempus referatur? cùm siue postumi agnatione testamentum rumpatur, siue propter scripti repudiationem irritū fiat, ac destituatur, semper intestato mortuus paterfam. dicatur. Itaque obtusa hæc disputatio videretur. Quare videamus ne Paulus legis verba, vtpote in vulgus nota, præcisè protulerit, adiecta nota illa vsitata, &c. vt non principium illud capitis significet, sed proxima potius verba: CVI SVVS NEC EXTABIT HERES, quasi sententia hæc sit: Cùm lex iubet intestato patrefamilias mortuo eum qui suus ei heres extat, familiam habere: non restrictè ac præfinitè de eo demum statuit, qui mortis tempore suus heres extat, sed etiam de eo qui per id quidem tempus abditus, aliquantò pòst existet ac patefiet. quod idem de Agnato proximo Iulianus tradit in l.1, D. vnde legit. Vbi ait edicti verba his legis verbis consimilia παρατατικῶς accipienda esse: id est, non pressè & angustè, sed laxè &, vt ita loquar, extensiuè. quippe cùm, etsi filius mortis tempore

gradu prior esset, tamen ei priore loco delata hereditas non fuerit.

Lex X.

POMPONIVS *libro primo ad Sabinum.*

Argumentum.

Postumus eo casu natus quo præteritus reperitur, testamentum rumpit.

Commodissimè is, qui nondum natus est, ita heres instituitur, Siue viuo me, siue mortuo natus fuerit, heres esto. aut etiam purè neutrius temporis habita mentione. si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit natus, rumpit testamentum: quia hic filius nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento adprehensus.

COMMENTARIVS.

Siue viuo. Enunt. I, Nondum natus rectè sic instituitur, si me viuo mortuóue nascatur. l. Si ita scriptum, 43, De hered. instit. Nam lege vellea vt nondum natos institui exheredarísue liceret, sancitum est.

Aut etiam purè. Seq. II, Nondum na-

tus, sine temporis agnascendi mentione, rectè instituitur. Cùm enim infinitè testator locutus sit, infinitè quoque institutio accipienda est: siue viuo, siue mortuo testatore agnatio contingat.

Rumpit testamentum. Seq. 111, Agnatio eo tempore quod omissum est contingens, testamentum rumpit. l. Si pater, 26, D. de vulg. & popill. Disceptatio nascitur ex contrariè scriptis. Nam pro testamento pugnat vulgata sententia: Liberorum institutioni menti testatoris, & testamento fauendum esse. Erat filius institutus: de mente & voluntate testatoris constabat, cui quoad fieri potest, subseruiendum est: testamentorum autem magnus fauor est. Eò accedebat superior proxima Enuntiatio. Nam si pura conceptio valuisset, non videbatur adiectio superuacanea nocere. Contra testamentum tamen pugnabat odium præteritionis. Quoniam ex contrariorum disciplina constabat, filium eo casu qui natus est, præteritum fuisse. Illud autem Iurisconsultorum sollemne est, vt propter odium præteritionis testamenta quoad facultas ferat, oppugnent. Hoc tamen Iustinianus pro imperio correxit. in l. vltima, C. eodem, & quemadmodum D. Marcus statuerat, vt substitutio in alterum casum facta, in vtrunque valeret: l. 4, infrà de vulg. substit.

ſic decreuit, vt inſtitutio poſtumi in alterum caſum concepta, in vtrumque valeat. Quæ verò conciliationes à noſtris proferuntur, plane nugatoriæ ſunt: ac præſertim ea quæ cæteris probabilior videtur: quaſi verba hæc, INTRA DECEM MENSES, non ad moriendi momentum, ſed ad teſtamenti faciendi tempus referenda ſint. Quo quid obtuſius dici poteſt? quaſi verò decem menſium mentio non tranſlatitia eſſet, & in poſtumorũ inſtitutionibus ſollemnis: propter caput legis XII tab. quo cautum eſt, vt decimo menſe natus legitimus habeatur. Præterea ſi teſtator ita ſenſiſſet, ecquænam in re perſpicua tanta dubitandi cauſſa fuiſſet, vt propterea iurgium inter prudentes exoriretur? nam hoc verbo Iuſtinianus vtitur.

Nec ſub conditione. Obſcurus locus. Nam ſententia poſtulare videbatur, vt ne purè quidem inſtitutus videretur. quaſi ſcilicet dubitari poſſet, an ſuperuacanea adiectio pro non ſcripta habenda eſſet. Dubitandi enim an filius hic ſub conditione inſtitutus ſit, cauſſa, ſanis quidem hominibus nulla eſt. Quare videndum vtrum hoc ſignificet, quod traditur in l. Sub conditione, 29, infrà. eodem & eo loco planius intelligitur: an fortaſſe legendum ſit, NEC NON SVB CONDITIONE, pro eo quod dixit, PVRE.

In hunc caſum naſcitur. Similis ferè locutionis

acerbitas: pro, In hunc casum institutus nascitur.

Lex XI.

Paulus libro secundo ad Sabinium.

Argumentum.

Filius familias ideo suus dicitur, quia patri succedens non nouum dominium acquirere, sed illud ipsum quod in vita patris habuit, continuare videtur, & liberiorem eorum bonorum administrationem consequi.

In suis heredibus euidentius apparet continuatione dominij eò rem perducere, vt nulla videatur hereditas fuisse. quasi olim hi domini essent, qui etiam viuo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filius familias appellatur, sicut paterfamilias: sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit, itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex caussa licet non sint heredes instituti, domini sunt. nec obstat quod licet eos exeredare, quos & occidere licebat.

COMMENTARIVS.

Continuationem. Enunt. 1, In suis heredibus continuari potuis quàm acquiri dominium videtur. §. Sin autem, De hered. qualitat. Patet autem ex l. liberorum, De verb. signiff. locutionem hanc non à Iurisconsultis excogitatam

gitatam, ſed in lege XII tab. vſurpatam fuiſſe, vt ſui dicantur, quaſi qui ſuarum potius quam alienarum rerum dominium atque hereditatem obtineant. Fuit enim conſuetudinis antique, vt patresfa. ſuis filiis aliquod pecudum capita, pòſt etiam certos agros fruendos attribuerent, in quibus ſuam induſtriam exercerent. Vnde Peculii profecti ii nomen ductum. Eóque pertinet illud Ciceronis Verrina, III, Quibuſcum viui bona noſtra partimur. Et apud Terentium: Donec ſaluus redierit meus particeps. Sed quæri video hoc loco: an vt dominium, ſic etiam poſſeſſio in ſuis heredibus continuetur. cùm in extraneis quidem non continuari ſatis conſtet: ex l. Pomponius, 13. §. quæſitum, & l. cùm heredes, 23, D. de acquir. poſſ. quippe cum hereditas id tantum quod ipſius eſt transferat. poſſeſſio autem hereditatis non eſt. l. 1, §. Scæuola, D. Si is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ. Noſtri proferre ſolent l. 2, §. 1, D. pro hered. ſed rectè ab aliis demonſtratum eſt, nihil eam legem ad hanc quæſtionem pertinere. cùm ibi de donatione patris in filium agatur: quæ iure ciuili nulla erat. l. 2, pro donat. Puto autem commodius hinc ſumi argumentum poſſe: primò quòd ſui non adire, ſed retinere dicantur. l. Si patronus, 12, §. vltimo de bon. libert. Nam ſi retinent & aditione opus non eſt, vt iis ex locis intelligitur, relinquitur, vt iam antea poſſeſſionem habuiſſe videan

deantur. Præterea quos agros fruendos iam habebant, qua de caussa Participes dicebantur, an non eorum possessionem obtinebant? Deinde cur diceretur in l.2. C. pro hered. suis heredibus existétibus nihil pro herede posse vsu capi, nisi quia sui possessionem obtinent? Atq; hoc nimirum illud est, quod Paulus infert: filios post mortem patris nō hereditatem percipere videri, sed liberiorem bonorū administrationē consequi.

Filiusfamilias. Enuntiatio 11, Filiufa. nota est non ad dominium, sed ad genus distinguendū instituta. Quod sic intelligendum est: quia cùm familiæ nomine hereditas significetur, tamest illud verbum filii, quàm patris commune. At genitoris à genito distinguendi caussa, vox, Pater, aut Filius præponitur. Sed hæc ita accipienda sunt, cùm quidem & pater & filius superstites sunt. alioqui paterfamilias appellatur, qui in domo dominium habet, quamuis non modo filium non habeat, verum etiam impubes sit. l. pronontiatio, 195, De verb. sig, l. 4, D. de iis qui sunt sui vel alie.

Magis liberam. Seq. 111, Sui heredes non hereditatem, sed liberiorem administrationem consequi videntur. vt prope eadem filiifa. post patris mortem, quæ pupilli post tutoris potestatem sublatam ratio esse videatur. scilicet in rebus suis possidendis: quæ sententia superiorem illam disputationem magnopere confirmat.

Licet non sint. Seq. IIII, Filiifamilias etiam non instituti, tamen heredes sunt: quippe qui non ex testamento, sed à lege heredes designati sint. Itaque etiamsi scripti heredes sint, tamen non tam à patre, quàm à lege nomen illud obtinent. Qualitatem igitur à lege, à patre autem quantitatem obtinent.

Nec obstat. Ex repugnantibus, hoc modo: Non & lex illos heredes fecit, & pater, qui priuatus homo est, arbitratu suo illis hereditatem auferre potest. Sed Pauli responsio non satis huic obiectioni facere videtur. Caput enim est in XII tabulis, vt patres in filios ius vitæ ac necis habeant: at nullum caput est, quo exheredandi ius disertè permittatur. Nam si proferatur lex, VTI QVISQVE suæ rei, &c. rectè subiicietur, ei legi inofficiosi querelam obrogare. Vera igitur responsio hæc erit: moribus receptã fuisse querelam, atque inde natum ius, de quo Paulus scribit in l. vlt. D. de bon. damnat. vt exheredari liberi nisi iustis de caussis possint.

Lex XII.

VLPIANVS *libro nono ad Sabinum.*

Argumentum.

Præteritus filius quamuis ventre cæso, modò animā spiritúque præditus natus sit, testamentum rumpit.

Quod dicitur, filium natum rumpere testamentum: natum accipe etsi ex secto ventre editus sit.

Nam & hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen? An adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit.

COMMENTARIVS.

Quod dicitur. His verbis Regula iuris significatur. est autem huiusmodi: Agnatione sui heredis præteriti, testamentū rumpi. quam vt notam & peruulgatam Cicero in ea pro Cæcina & in primo de Orat. commemorat.

Ex secto ventre. Enunt. 1: Qui cæso ventre editus est, pro nato numeratur. l. postumus, 6, D. de inoff. test. l. 1. §. Si qua prægnans, Vnde cogn. Disceptatio ex verbi NATVS definitione & ambiguitate ducitur. Vtrum is demum natus dicatur, qui naturæ ordine & ritu editus est: quod coniugatorum ratio postulare videbatur: an verò etiam is qui quoquo modo in lucem & vitam editus est. Itaque Vlpianus in l. Si ego, 11, §. 3, D. de public. Natum aperte ab extracto distinguit. Idem est, inquit, si non natus, sed post mortem matris exsecto ventre eius extractus est. Sed cùm hunc nihilo minus filium esse constet, Iurisconsulti autem filios contra testamentorum iniuriam adiuuent: mirandum non est, si pro nato numeretur. Hos autem Cæsones antiqui nominabant, quorum è numero Scipionem illum Africanum

num fuisse, Plinius auctor est. Non dissimilis autem disputatio quondam fuit propter legem Papiam, quæ orbis semissem hereditatis auferebat: matribus integram relinquebat. Nam Paulus in l. anniculus, 132, De verb. sig. Falsum est, inquit, eam peperisse, cui mortuæ filius exsectus est. Vlpianus autem in l. etiam ea, 141, eod. tit. Etiam ea mulier, inquit, cùm moreretur creditur filium habere, quæ exciso vtero edere possit. Nostri autem, vt pugnantia hæc componant, dicunt eam mulierem filium quidem habere, sed non peperisse: quo quid ineptius singi potest? Denique quæstionis erat, vtrum orba hæc dicenda esset, an mater. Nec nouum est Paulum ab Vlpiano dissentire. Vlpiani autem sententiam æquissimam & certissimam esse arbitrarer: neque affirmare audeo, Paulum in contraria sententia fuisse. Tantum dico, superiora illa vtriusque prononciata mihi plane contraria & pugnantia videri.

Sis nascatur in potestate. His verbis significatur contrarium ius in casu contrario statui: sicuti suprà ad l. commodissimè, dictum est. Nunc quæro casum quo filius in patris potestate non nascatur. Nam quod vulgo verba hæc sic interpretantur, quasi moneremur de suo postumo hic agi, non de alieno, vt in l. 1, §. 2, D. de vent. insp.

perobscurum mihi videtur, cùm Vlpianus & nominatim filium appellans: neque de ius testamento accipi locus possit: & disputatio hæc etiam ad eum qui viuo testatore nascitur, commodissimè referri possit. Quid? quod his verbis vel ipsi postumi excluduntur? quippe qui in potestate non nascantur. l. vlt. D. de assig. libert. Ne multis morer, cùm huius disputationis ratio postulare videtur, tum etiam insequens proxima clausula non obscurè significat, additum hoc loco verbum aliquod fuisse, de partus istius vita: vt intelligatur, non mortuum, sed viuum & animatum extractum fuisse: idque omnino in hac disputatione necessarium est. quasi dictum sit, Rumpere testamentum, scilicet, siquidem viuus & animans editus sit. Quare cum Lucretium videam Animæ potestatem pro vita sæpe vsurpasse, considerari poterit, ecquid scriptum ita fuerit: SI NASCATVR IN ANIMÆ POTESTATE, vt propter vulgatam notum & compendium scripturæ, ANIÆ, vox illa effluxerit. Lucret. lib. 3. Quod Genus in nostris membris & corpore toto Mixta latens animi vis est, animæq; potestas. Itē. Conquassatur enim tum mens animæq; potestas. Item postquā, Distracta est animi natura, animæq; potestas. Item. Deniq; corporis atq; animæ viuata potestas, Inter se cō iuncta valent vitáq; fruantur. Cōsentientissimè
autem

autem congruit, quod statim infertur, Quid si non integrum animal, &c.

Adhuc testamentum. Enunt. 11, Agnatio filii præteriti, quamuis non integer edatur, rumpit. l. 3, C. de postum. vbi Iustinianus testatur disputatum inter Sabinianos & Cassianos de eo qui τέρας editus, statim mortuus fuerat. Quæ disceptatio ex summi Iuris & æquitatis contentione nascebatur. Cassiam æquitatem vrgebant: quasi iniquum esset propter momentaneam editi semimortui vitam & testamentum & certam testatoris voluntatem oppugnari: præsertim cùm cui iniuria dici facta posset, nemo extaret. Contrà verò constaret, Testatorem vt legitimos remoueret, testamentum scripsisse. Sabiniani autem propter præteritionis odium iuris summi subtilitatem spectare maluerunt. Non integrum igitur animal intelligamus, aut τέρας, de quo Iustinianus testatur: aut mutilum membris: vt cæcum, aut luscum, aut mancum. Monstra autem & portenta pro legitimis partibus, cùm de rumpendis testamentis agitur, non numeramus. At si de matre adiuuanda ageretur, contra confiscationum odium, admitterentur. l. quæret aliquis, De verb. sig. l. non sunt liberi, de statu hom.

Lex XIII.

IVLIANVS *libro vigesimo nono Digestorum.*

Argumentum.

Vxor heres cum filio vel cum filia, si alteruter nasceretur ex parte instituta, si ambo nascantur, portionibus secundum voluntatis coniecturam renouatis admittetur.

Si ita scriptum sit, Si filius mihi natus fuerit ex besse heres esto: ex reliqua parte vxor mea heres esto: Si verò filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte vxor heres esto: & filius & filia nati essent, dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes, vt ex his filius quatuor, vxor duas, filia vnam partem habeat. Ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quàm vxor: item vxor altero tanto amplius quàm filia. licet enim subtili iuris regulæ conueniebat, ruptum fieri testamentum, attamen quoniam ex vtroque nato testator voluerit vxorem aliquid habere, ideò ad huiusmodi sententiam humanitate suggerete decursum est. Quod etiam Iuentio Celso apertißimè placuit.

COMMENTARIVS.

Subtili iuris regula. Enunt. 1. Summo iure neque postumi institutione; postuma: neque huius, ille continetur. l. 1, §. 2, D. de vent in poceff. vbi Vlpianus ait, postumi exheredatione postumam non contineri. Vnius igitur aut institutione aut exheredatione alter præteritus censetur. Atque hoc illud est, quod ait, Subtili iuris rationi conuenisse, ruptum fieri

fieri testamentum. Nam etsi in l. vtrum, 7, D. de reb. dub. vnius postumi institutione plures agnati complexi esse intelligantur, id tamen vel de muliebris sexus postumis non dicitur: vel, vt hoc loco ex æqui & boni ratione, non ex summo iure dicitur.

Quoniam testator voluerit. Coniectura ergo voluntatis est. Cùm enim testator non de alterutro duntaxat, sed de vtroque casu cauerit, quamuis non coniunctim, sed disiunctim, & separatim id fecerit, tamen quæ verbis separata sunt, mente & sententia coniuncta intelliguntur, quasi non distinctione testator vsus esset: SIN AVTEM: SI VERO, & similibus: sed coniunctione, Siue filius, siue filia nascatur. quo in casu etiam summo iure coniunctio facta intelligitur. l. si ita facta, 14, De iniust. test.

Ex vtroque nato. Fortasse scriptum fuit, *Vtrocunque.* Sed tamen hæc scriptura commodissimè quadrabit: quia verissimum est testatorem in vtrunque casum cauisse. Tametsi enim verbis ambos casus non coniunxerit, re tamen & sententia, non de alterutro duntaxat, sed de ambobus locutus est.

Humanitate suggerente. Quo ex verbo intelligitur, disceptationem ex iuris & æquitatis contentione natam esse. AEquitatem autem ex coniectura voluntatis sumi, quia constabat testatorem vtrocunque casu vxori siue cauisse.

Falsum

Falsum arbitror quòd quidam putant, Humanitatis rationem ex mulieris istius persona sumi: in qua duæ qualitates sunt beneuolentia dignissimæ: quòd & vxor & geminorum mater sit. Primum quia etsi alienissima coheredis persona fuisset, tamen idem Iulianus respondisset. Non enim personarum qualitatem in extraneis (qualem vxorem esse constat) sed testatoris mentem & voluntatem inspicimus. AEquitatis ergo siue humanitatis ratio hic ducitur: vt cùm de testatoris voluntate constet, quamuis minus elocutus sit; tamen eius verba ex mentis coniectura benigna interpretatione adiuuentur. Deinde quia si verum esset ita propter personam mulieris responderi, sequeretur, illa repudiente testamentum intercidere. Quod esset absurdissimum. Pars enim respondiantis filio & filiæ peræqua proportione accresceret. Obiicitur l. Item quod 17, §. sed si, D. de hered. instit. vbi qui asse in alios distributo sic instituitur, EX RELIQVA parte ex parte nulla institutus intelligitur. Cùm igitur filio & filia agnatus totus as impletus intelligatur, vxor quæ ex reliqua parte instituta est, ex nulla parte instituta videtur. Sed longè dissimiles caussæ sunt. Nam illic testator assem explerat: hic non explerat. Et quamuis casus impleat, tamen Testatoris mens & voluntas spectatur, qui de asse in liberis implendo nó cogitauit. Deinde verba hæc, EX RELIQVA

parte

parte: non ex literis & syllabis, intelligenda sunt, sed ita accipienda quasi dixisset, vt in l. Clemens, 8, D. de hered. instit. filio duas partes, filiæ tertiam. Multo inoptius obiicitur l. in conditionibus, 19, §. vlt. D. de cōd. & demonst. Nam hic in vtrunque euentum testator vxori cauerat: quasi dixisset: siue filius siue filia heres erit, vxor coheres esto: illic ligatorium in alterutrū casum apertissimè remouerat. Coheredem enim sub hac demum conditione admiserat, si modo vterque heres non esset. Nihilo magis nos moueat, quod quidam disputant, Iuliani proportionem contrariam esse, proportioni à testatore factæ, quasi testator filium fecisset duplum filię, hanc illi subduplam: Iulianus autem filiam faceret filio subquadruplam. Neque enim verum est, testatorem fecisse filiam fratri subduplam: tametsi huic bessem, illi trientē attribuerit. sed partem tertiam intermediæ vxori attribuit: quam filio subduplam esse voluit, filiæ verò duplam. vt illæ duæ bessis & trientis partes non inuicem, sed potius ad illam tertiá partem referentur: hoc est, vt filii pars, bes esset respectu vxoris: filiæ pars eiusdem vxoris respectu esset triens. Vnde perspicuum est, non Iulianum, sed Testatorem ipsum fecisse filiam fratri subquadruplam: Iulianum autem ipsius testatoris mentem & voluntatem interpretatum esse. non enim indefinitam testator vxoris partem reliquit. Aliquanto plus aduersari videbitur, l. si

ita scriptum, 47, D. de hered. inst. vbi testator filia herede indefinitis partibus instituta subiunxit, Si filius nascatur, ex dodrante: si filia, ex quadrante heres esto. nam cum ambo nati fuissent, duos asses Africanus fecit: & filiæ vnum, postumis alterum attribuit. tum deinde rem ad geometricam proportionem reuocans, hereditatem in octo partes distribuit, quarum quatuor filiæ, postumo tres, filiæ vnam adiudicauit. Quare dubitari posset, quid ita Iulianus non etiam hoc casu duos asses fecerit: cùm vnus integer in ambobus postumis consumptus sit. verum intelligendum est, in illa caussa testatorem apertissimè duos asses fecisse: cùm enim filiam indefinitis partibus instituisset, eam ex asse vniuerso instituisse intelligebatur. alterum autem descriptis partibus postumis attribuerat. At in caussa nostra duo asses neque à testatore facti sunt, neque ex illius mente & sententia fieri possunt. vxorem enim non indefinitis partibus, sed certis, & præscriptis instituerat. vt filio subdupla, filiæ verò dupla esset. Quòd si hoc modo interpretaremur, vt alterum assem facientes, respectu filii attribueremus vxori trientem, respectu filiæ besse: tum verò apertissimæ testatoris voluntatem peruerteremus. Vxori enim maiorem multo quàm filio partem attribueremus: cùm ille voluerit vxoris partem duplo à filio superari. nam re ad geometricam rationem & vnum assem reuocata, vxori semissem, filio trien
tem,

tem, filiæ verò sextantem attribuerêmus. Maneat igitur Iuliani ratiocinatio: quæ quamaptissimè ad testatoris voluntatem accommodata est. Et vt pro corollario illud adiungamus, notetur quod in illa l. si ita scriptum, 47, identidem ostendimus: illic dupodium apertissimè à testatore factum: & assem secundum descriptis apertè partibus completum fuisse. ob eámque caussam nihil ei aduersari, l. cùm quæstio, 23, C. de legat. in qua secundus as impletus non fuerat. quapropter mirum non erat, si toto vni attributo, partem alteri postea tribuit, partem ex toto detrahere censeatur. At in l. si ita scriptum, dodrans postumo attributus de superiore asse non detrahebatur: sed ad quadrantem postumæ relatus secundum assem faciebat.

Septem partes. Seq. 11. Vbi in asse ordinario seruari Arithmetica proportio non potest, ad Geometriam decurrendum est. d. l. si ita scriptum, 47. Similiter Paulus in l. clemẽs, 81, infrà, de heredib. instit. scribit testatorem, qui si sibi filius & filia nascerentur, duas illi, vnam huic relinquit partẽ, si quidem ei duo filii vnaq; filia nascãtur, intelligi in quinq; partes assem distribuisse: quarum filii binas, filia vnam auferet. Potuit etiam in decem distribui, vt singuli filii quaternas, filia duas auferret. Male autem de nostris ingeniis meritus est Tribonianus: qui cùm huius caussæ disputatio tripartita sit, vnicam duntaxat partem tractat. Summa igitur di

uiso hæc est. Nam aut pares factæ partes sunt, aut impares. pares sunt, Veluti si filius nascatur, heres esto ex semisse: vxor ex semisse. duobus filiis natis, singuli singulos trientes auferent, vxor tertium: quippe cùm pares inter illos partes testator distribuerit. sin autem partes impares sint, veluti, filio bessem, vxori trientem: & duo filii nati sint, geometrica proportio sequenda erit: vt singulis filiis quaternæ, vxori binæ attribuantur. aut, vt in d.l. Clemés, ita quinque seruandæ partes erunt, vt filiis singulis binæ partes, vxori vna attribuantur. Quòd si filiæ (vt in lege nostra) triens, vxori bes attributus sit: tunc duabus filiabus natis, singulis quadrás dabitur, vxori semis: vel singulis binæ partes vxori quatuor. Operæpretium est autem Iurisconsultorum in Geometrica proportione reperienda obseruare: vt id cùm vsus venerit, imitari possimus. Est autem arithmeticorum præceptis consentaneum: quorum quadripartita est regula: primum, vt minimi cuiusque personæ numeri quærantur: velut in hac caussa: filia superatur ab vxore duplo: à filio verò quadruplo. minimus ergo filiæ numerus est, 1. vxoris. 2. filii. 4. Tum deinde illi numeri coniungendi sunt: vt hic. 7. Postea per hunc coniunctum vniuersa summa (verbi gratia hereditas 28) partienda est. vt hic, septima pars totius summæ sunt. 4: quæ filiæ tribuanda sunt. Tum hic numerus per proximum vxoris numerũ multiplicandus: vnde 8,

De proportione Geometria.

de 8, nascentur: quæ illi tribuēda sunt: postremò per filii numerum, vnde conficiuntur 16, quæ filii pars erit. Ita distributa erit hereditaria summa tota 28. Similiter in d.l. si ita scriptum, de hered. instit. vbi filiæ 12, postumo 9, postumæ 3, attributa erant: quia postumus triplo superat postumam, filia verò quadruplo, minimus postumæ numerus erit 1, postumi 3, filiæ 4: quam summam Africanus coniungēs, efficit 8. Partiamur nunc hereditariam summam verbi gratia 80, in octo partes, octaua quæ postumæ debetur, erit, 10: quæ ex postumi numero multiplicata, triginta illi pariet: ex filiæ, quadraginta. Hæc igitur Iurisconsultorum obseruatio fuit, in qua proportio Geometrica inest: de qua scribit Aristoteles libro Ethic. v: cùm illam definit æquitatem rationis quæ minimū in quatuor posita est: quippe cum & ea quæ distribuuntur, vt hereditas, diuidantur: & ii quibus distribuendū est, vt coheredes. Tum deinde ita demonstrat. vt est A, ad B in linea, sic esto C ad D: pariterque vt est A ad C, sic B ad D. Ergo etiam totum cum toto comparabitur, distributioq; id coniunget: & si ita inter se componantur recta erit coniunctio. ita extremi A cum extremo C, & extremi B cum extremo D. coniunctio, ius est quod in tribuendo versatur. Iniuria autem à proportione aliena atq; auersa est. Qui locus vt planius intelligatur, cōstituatur in A smaragdus pretiosissimus: in B silex. tū ducatur altera linea, & in C ponan-

tur mille aurei, in D obolus. Post ratio ita ineatur: Vt est A ad B, sic C ad D: dein si vt A est ad B, ita C ad D, necessario A est ad C, sicut B ad D. postremò vt est totú ad totú, ita altera pars totius ad alteram alterius, veluti vt est A C ad B D: ita & A ad B, & C ad D. Nunc vt ad Iuriscósultorum nostrorum rationem redeamus, sumamus disciplinæ caussa illud Africani expeditissimú: & Testatoris distributionem proponamus. filiæ 12 postumo 9. Post Africani rationem subiungamus, filiæ 4 postumo 3, qui minimi sunt numeri. Ergo vt sunt 12 ad 9: sic 4 ad 3. dein si vt sunt 12 ad 9, ita 4 ad 3: necessario erút 12 ad 4, sicut 9 ad 3. Postremò vt 12 & 4 ad 9 & 3, ita 12 ad 9, & 4 ad 3.

§. *Regula.*

Argumentum.

Cui libertas & hereditas simul relictæ sunt, ei neutra separatim eodem adimi testamento potest.

Regula est iuris Ciuilis, qua constitutum est, hereditatem adimi seruo non posse, propter quam liber & heres esse iussus sit. Itaque quamuis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus & libertatem & hereditatem habebit.

COMMENTARIVS.

Hereditatem adimi. Mirifica profectò vtraq; hæc consultatio est: An cui libertas & hereditas relictæ sunt, adimi ei alterutra separatim possit.

Nam si de necessariis heredibus agitur, vtrocún
que casu intestati exitú dominus facturus est;
cùm siue hereditas adimatur, testatus sine here
de dici non possit: siue libertas, obtinere seruus
institutus hereditatem sine illa non possit. Ita-
que nec codicillis quidem adimi necessario here
di libertas potest. l. 6, in fin. D. de hered. insti. To
tú igitur hunc §. non modò incõsideratissimè à
Triboniano sub hãc Rubricã, quę de liberis est,
coniectum arbitror: verùm etiã corruptum ac
deprauatum: neque posse de necessariis heredi-
bus intelligi, sed de seruis vnà cũ aliis coheredi
bus adiecta libertate institutis: vt sensus sit,
Quamuis defunctus intestati exitum non habe
ret, quippe qui alterum heredem instituerit: ta-
men cum libertas seruo relinquatur, cõstet au-
tem libertatẽ ei seruo propter hereditatẽ datam
fuisse, consentaneũ videtur, vt hereditatẽ quoq;
pro sua parte retineat. Est enim argumentũ ex
cõsequentibus ad antecedẽtia: vt cui quid pro-
pter aliud conceditur, eidem illud ipsum neces-
sario concedatur. l. 4, D. de penu legat. Tametsi
enim si iuris rationẽ spectemus, libertas antece-
dat, tamen ex testatoris voluntate, de qua hic a-
gitur, hereditas & principalis & antecedens est:
libertas autem necessaria & consequens. non e-
nim ei hereditas propter libertatẽ, sed cõtrà, li-
bertas propter hereditatẽ conceditur. quod cú
reipsa intelligitur, tum etiã Iulianus his verbis
ostendit: Propter quã liber & heres esse visus est.

Quod

Quod cùm ita sit,& verbum LIBERTATEM perperá inculcatú arbitror,& pronomen EAM, interponendú:hoc modo:Itaque quamuis eam dominus ademerit codé testamento, libertaté nihilominus & hereditaté habebit. Nam dubitare an cui seruo hereditas cú libertate relicta est.ei libertas adimi, hereditas verò relinqui possit,nisi fortè seruus cómunis sit, nulla mihi quidé ratio videtur. De cómuni auté seruo dissimilis ratio est,vti patet ex l.6,D.de hered.instit.

§ *Testamentum.*

COMMENTARIVS.

Quæ de exheredatione post mortem facta dicenda sunt,& omnino quæ ad hunc locú pertinent,exposita sunt in l. Gallus,§.in omnibus.

§ *Siquis Lex XIIII. Si postumus.*

COMMENTARIVS.

Hunc § & l, insequentem superius vnà cum l.3,exposuimus.

Lex XVI.

AFRICANVS *libro quarto quæstionum.*

Argumentum.

Filius præterito postumo institutus,eóque nondum nato mortuus,si nepos ei substitutus sit,sui ius in eum transfert: sin minus hereditatem ab intestato. Item vt si conditioni sub qua institutus fuerat, non paruerit.

Si filius

Si filius heres institutus sit omisso postumo, filióque substitutus nepos ex eo sit: si interim moriatur filius postumo non nato, nepotem tam patri quàm auo suum heredem futurum. quòd si nemo filio substitutus sit, & solus ipse institutus sit: tunc quia eo tempore quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento heredem fore, ipse filius intestato patri heres existat: sicut euenire solet, cùm sub ea conditione quæ in ipsius potestate erit, filius heres institutus, prius quàm ei pareret moriatur.

COMMENTARIVS.

Interim postumo non nato. Id est interim dum postumi expectatur agnatio. Hæc enim coniungenda sunt: non (vt ab aliis) disiungenda. Quod enim verba hæc POSTVMO NON NATO, quidam sic accipiunt, quasi interea dum heredi tas adita nõ esset, filius decessisset, deinde postu mus natus non fuisset: sanè cuiusmodi sententia futura sit, non dispicio. Nam si natus postumus non esset, ecquis nepoti controuersiã moueret? ecquæ dubitandi caussa subesset, quin & suus & solus ex testamẽto futurus heres esset? Præterea vtrũ natus non est, quia conceptus non esset, an quia contigisset abortio? Si conceptus non erat, quid absurdius Africano, qui omissũ postumũ proposuit? si abortio contigit, ecquodnam hoc genus est dicendi, Postumo non nato: pro, Per abortionem extincto?

Nepotem. Lex est in XII tab, vt népos, qui mo-

dò suus heres sit, ad aui hereditatem vnà cũ patruo admittatur. l.3, & l.4, C. de suis & legit. §, cũ filius, 6, & §. vlt. de hered. quæ ab intest. Iam qui filium & ex eo nepotem, vxoremq; grauidam habebat, filium instituit, nepotem ei substituit: postumum præteriit. Eo mortuo filius acquirere hereditatem non poterat: hoc est, nihilo magis quàm cùm viuo testatore suus heres designatus erat. Nam quandiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas. l. ventre, 84, De acq. hered. Tametsi aliud Iuris postea Theodosius introduxerit, per l. vn. C. qui aut. apert. tab. Cùm hic rerum status esset, moritur filius, cuius in locum nepos succedit. tandem agnascitur postumus, & testametũ rumpit. querebatur an nepos hic ex lege XII tab. admitti posset. Et bubitandi caussa hæc erat, quia cùm aui mortis tempore præcederetur à filio, suus ei auo heres dici non poterat.

Tam patri quam auo. Imo, Quàm Patri, tam auo. Nam de patre dubitari nõ potuit. Itaq; locum hunc legendum arbitrarer.

Suum heredem. Enunt. 1. Nepos filio substitutus agnascente postumo præterito, tá auo quá patri, quasi suus heres succedit. l. 4, & l. 5, D. con. tab. Neq; est quod nostri querant, an quis duobus simul & vno tempore suus heres esse possit? Disceptatio enim ex Iuris & æquitatis cõtentione nascitur. Ná si iuris summi subtilitaté & acerbitatem spectemus, nepos auo suus dici nõ potest,

test, quippe quem pater mortis aui tempore antecederet. Sed quoniã iniquũ est, eum qui de liberorum numero est, qui in familia & potestate aui natus est propter istam ἀκριβολογίαν ab hereditate remouerit, & inedia laborare: benignitas postulat, vt si minus vt suus, saltẽ vt quasi suus, admittatur. Cuius æquitatis simillimã superius obseruauimus in l. si quis, 9, §. 1, hoc ti. l. si quis, 6, de iniust. test. l. scripto, 7, vnde libe. Neque obstat quòd quãuis in extraneis heredibus nõdũ quæsita hereditas ad heredes eorũ nõ trãsmittatur, l. 3, & l. quoniam, C. de iur. delib. tamen in filiisfa. transmittitur. l. vn. C. qui ant. ap. tab. præsertim cùm in suis heredibus aditio non sit necessaria. Cùm etiã eos quorum in potestate sunt, heredes sine aditione faciãt. l. qui in aliena, 6, §. 3, De acq. hered. Nã vt illud omittamus, quod iã ante monuimus, à Theodosio nouũ illud ius introductũ fuisse: respondendũ est, hereditatẽ in hac caussa propter incertũ & ventris & testamenti euentũ pependisse: ac propterea ne filio quidẽ. familias acquiri potuisse. nã ex testati caussa nõ potuit: quippe cùm propter postumi nasciturì spem, de quo benè ominandũ erat, testamentũ penderet, neq; secũdũ tabulas peti possessiõ posset. ex intestati autẽ caussa, nihilo magis: abortio enim cõtingere poterat, quæ testamentũ nõ rumpit. l. qui mortui, De verb. sig. Multo minus obstat quod dicitur vulgarẽ substitutionẽ facere de necessario voluntariũ, & existẽtiã sui he

redis impedire.l.Iulianus,D.si omiss.causs.test.l. si filius qui patri, 12, De vul. & pupill. ac proinde non filiũ hunc suũ heredẽ auo fuisse: sed potius nepotẽ ipsum, idq; directò. Tũ enim illi sententiæ locus est, cùm exitũ vulgaris habet substitutio. At in hac caussa per testamẽti ruptionẽ euanuit. Præterea nihil hoc ad nepotis Suitatẽ (de qua nunc agimus) impediendum attinet. Quod autem nonnulli verba hæc, POSTVMO NON NATO, ad insequẽtia referebãt, & sic interpretabãtur, quasi natus re vera postumus non fuisset, mihi permirũ videtur. primũ, quia non satis cõsideratè Africanus in hipothesi posuisset præteritum postumũ fuisse. nõ enim dixit, vt Papinianus, VENTRE PRAETERITO: sed, POSTVMO. Præteriti autẽ nõ dicũtur, qui nõ sunt. Deinde si postumus natus non esset, vnde tandẽ huic nepoti cõtrouersia nasceretur? ecquænã dubitãdi caussa subesset, quin ex testamẽto solus hereditatẽ obtineret? POSTVMO AVTEM NON NATO, sic accipere, quasi dixisset, Abortione extincto, nulla ratio est.

Certum esse incipit. Quia præter filiũ nemo supererat, qui testamentũ sustineret: quippe cùm substitutus nepos hoc casu nõ esset. Quare filio moriente testamentum intercidit. At superiore casu dici hoc non poterat. supererat enim nepos, qui filio moriente testamẽtum sustinebat.

Ipse filius. Seq. 11, Filius qui & nepote & postumo omissis, heres institutus ante postumi ag-

nationem moritur, patri ab intestato successisse intelligitur. Vt iá nepos non est sua psona, sicut in superiore casu, sed ex patris psona ius quærat. Cuius discriminis ratio inuestiganda est: qua de caussa nepotem hunc nō vt superiorē dicamus, Auo quasi suū heredem existere, & ex XII. tab. vnà cū patruo succedere. Ergo intelligendū est, dici quidē hoc posse verissimè: tá enim nepotem hunc, quàm superiorē Auo quasi suū heredem esse: sed vbi directo iuri locus est: nihil opus esse ad indirectū confugere. Vsque adeò autē directo iuri locus est, hoc est, vsque adeo verū est, filium hunc ab intestato suū successisse, vt etiam si non nepotem, sed alienissimū sibi heredē haberet, tamen in eū ius suum trásmitteret. Ius autem suū intelligimus Decreti petendi, hoc est, decretalis bonorum possessionis cōtra tabulas: vt patet ex l. 5, D. cōt. tab. & l. venitre, 84, De acq. hered. vnde intelligitur Disceptationes istas ex iuris & æquitatis contentione natas esse: cùm ita scribitur, NONNE INIQVVM EST, Item, Nō est iniquū prætorem decernere heredibus eorū saluum fore cōmodum bonorū possessionis. Nō igitur filius hereditatem non aditá in nepotem hunc transmittere dicitur. Primum quia natum istud Ius Africani tempore non erat: vt superius diximus: deinde quia quod hic dicitur de nepote, idem etiá in alienissimo locum obtinet.

Sicut euenire. Seq. iu., Filius sub potestatiua cōditione heres institutus, si non impleta con-

ditione moriatur, patri ab intestato succedere intelligitur, l. vlt. D. de cond. inst. vbi Papinianus scribit, filiũ sub ea cõditione institutũ, quę mortis tempore impleri non possit (siquidẽ substitutum non habeat) videri dũ moritur, legitimũ patri heredẽ extitisse. Qua ex Papiniani disputatione relinqui videtur, locũ hunc non de quauis potestatiua generaliter intelligendũ, sed restrictè de ea quę mortis tempore impleri nõ potest. Quod tamen, verè vt dicã, mihi non probatur. quia cùm æqui & boni ratio in hac caussa dominetur, tota illa subtilitas qua dicimus dandi cõditionẽ à defuncto mortis tempore impletã videri, repudianda est. An nõ enim inquè illa subtilitate argutaremur, cùm filius eã conditionem impleuerit, non posse videri ex intestato heredẽ dum moritur fuisse? Nã istę subtilitates quę heredũ adiuuandorũ caussa excogitatæ sunt, conuerti in liberorũ odium nõ debent. Vtrauis igitur potestiua illa conditio fuerit, filius ex æquo & bono iudicãdus est legitimus heres auo fuisse, nõ quidẽ verè & reipsa. quia quãdiu rũpi testamentũ potest, non defertur ex testamẽto hereditas: sed propter petẽdi Decreti ius, quod cùm ei competeret, ad nepotẽ quoque transmissum benignè iudicatur, ex d. l. 5, D. cont. tab. & l. ventre, 84, De acq. hered. Vbi Papinianus ait, si ventre pleno sit mulier, iniquũ fore interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil, & ideo decreto filio succurrandum esse.

Lex

Lex XVII.

FLORENTINVS *libro decimo Institutionum.*

Filii etiam hoc modo exheredantur: Filius exheres sit. filius exheres erit.

COMMENTARIVS.

Cùm in omnibus testamenti partibus verborum solemniũ obseruatio summa fuit, tum verò vel maximè in liberorũ exheredationibus, quæ propter odiũ semper à Iurisconsultis ad exactũ iudicium reuocatæ sunt. Cuius rei vel hic locus argumento est. Nã Vlpianus cap. Inst. x x i. Formulam hanc institutionis probatam esse ait: Ille heres sit, pro ESTO. nunc Florentinus significat dubitatũ fuisse, an illa exheredationis formula, Exheres sit, admittẽda esset. Romæ autẽ vbi Latinæ formulæ vsurpabantur, huiusmodi disputationibus locus fuit. At Constantinus eas in Gręcia sustulit. l. Quoniã, C. de testam. qua ex rę de hac disciplina nostra, quæ non paruà ex parte formulis cõstitit, coniecturã facere possumus.

Lex XVIII.

VLPIANVS *libro quinquagesimo septimo ad edictum.*

Argumentum.

Exheredatio non modo incommodandi, sed etiam commodandi caussa fieri potest.

Multi non nota caussa exheredant filios, nec vt eis obsint, sed vt eis consulant, vt puta impuberibus: eisque fidei commissam hereditatem dant.

COMMENTARIVS.

Vt emancipatio, sic etiam exheredatio, quarum

rum vtramque ex odio parentis natam constat, beneuolentiæ caussa fieri potest, veluti tutoris, curatorisue perfidiæ cauendæ caussa: si vel impubes vel furiosus filius est, rogetúrque heres vt hereditatem restituat. l. si patronus, 12, §. 2, de bon. libert.

Lex XIX.

PAVLVS libro primo ad Vitellium.

Argumentum.

Non vt institutio, sic exheredatio in certa parte valet.

Cum quidem filiam ex asse heredem scripsisset, filióque quẽ in potestate habebat, decẽ legasset: adiecit, Et in cætera parte exheres mihi erit, & quæreret, an rectè exheredatus videretur; Scæuola respondit, Non videtur. & in disputando adijciebat ideo nõ valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus, rectè exheredaretur: aliámque caussam esse institutionis, quæ benignè acciperetur: exheredationes autem non essent adiuuandæ.

COMMENTARIVS.

Et in cætera. Quibus ex verbis patet, mẽtem ac voluntatem testatoris eam fuisse, vt filiũ exheredaret. Scæuolam autem formulã improbasse, propter hanc solam adiectionem: IN CAETERA PARTE. quia qui in cætera parte exheredẽ facit, cæteram partem in caussa intestati relinquit: atque ita ex parte testatus, ex parte intestatus decedit.

In disputando adijciebat. Significat, opinor, dissimilem quorundã aliorum sentẽtiam fuisse:

qui cùm de testatoris mente ac voluntate constaret, maiorem eius voluntatis quàm verborũ & formularum rationem habendam esse disputabant. Scæuola igitur contrà disserebat, exheredationes contra ius naturæ & sanguinis institutas ad exactissimum iudicium reuocandas, & quasi ad viuum resecandas esse. Vnde intelligitur, Disceptationẽ hanc ex iuris & æquitatis cõtentione natam esse. Nam æquitatem filia vrgebat, eandem esse disputãs cõtrariorum, hoc est, institutionis & exheredationis disciplinam. Institutiones enim ex re certa factas valere. l. 1, §. si ex fundo, D. de hered. instit. æquitas autem ferè ex voluntatis coniectura sumitur: de qua satis perspicuè constabat. Vnde illa regula nata est; Vt in re certa institutus, vsquequaq; institutus intelligatur. Superius autem demonstratum est, vbi de exheredatione agitur, maiorẽ iuris summi quàm æquitatis rationẽ haberi. l. si à primo, 8, D. de lib. & postum.

Lex XX.

Modestinus libro secundo Pandectarum.

Sub conditione filius heres institutus, si pendende conditione adrogandum se dedit, necessarius heres non erit.

COMMENTARIVS.

Disceptatio nascitur ex ambiguitate verbi, NECESSARIVS. Nam cùm alter ita definisset,

Qui mortis tempore proximũ in familia gradũ obtinet: Arrogatus contra differebat: Imo qui delatæ hereditatis tempore. Hereditas autẽ sub conditione relicta non ante ipsius euentũ defertur. quo tempore nullũ in familia locũ institutus obtinet. Sic in l. scripto, 7, D. vnde lib. l. siquis, 9, §. 1, suprà eod. l. siquis, 6, D. de iniust. rupt. demonstratũ est, Suũ dici, vel potius quasi suũ, qui delatæ hereditatis tempore proximũ gradũ obtinebat. Obiicitur l. 6, §. interdũ, De acq. hered. & l. filius patroni, De bon. libert. vbi filius exheredatus, ac proinde non suus (nam exheredatio Suitatem extinguit l. 1, §. post suos, De suis & legit.) tamen propter nepotis institutionẽ necessarius heres efficitur. Ergo intelligendũ est, non vt qui suus est, idẽ etiam necessarius est: ita vicissim, qui necessarius est, eundẽ cõtinuò suũ esse. Non enim hæc reciprocantur. Id quod vel ex eo apparet, quia frater fratri impuberi substitutus, necessarius heres ei sit. l. 3. §. vlt. D. de her. inst. Cuius disputatio etsi primo aspectu nobis contraria videtur, tamen iccirco consentanea est, quia non vt hic hereditatis delatio, vsque ad conditionis euentum, sic ibi vsque ad tabularũ aperturam differtur. Iam enim à mortis tempore hereditas delata erat. quoniã ergo duo illa tẽpora concurrunt, sicuti ab initio necessarius heres fuit, ita etiam permansit.

Lex XXI.

POMPONIVS *libro secundo ad*

Quintum

Quintum Mucium.

Argumentum.

Posterior testatoris voluntas sequenda est.

Si filium nominatim exheredauero, & eum postea heredem instituero, heres erit.

COMMENTARIVS.

Testamentũ ex postrema ipsius scriptura cẽsetur: hoc est, eá demum iusta dicitur sententia voluntatis nostræ, quæ postrema reperitur: vt in definitione testamenti docuimus. Itaque siue filius ab initio exheres factus, postea heres fiat: siue contrà heres ab initio factus, exheres esse iubeatur: ea testatoris voluntas cẽsebitur, quę nouissima reperietur. l. si quis eum, 16, D. de vulg. l. Diui. 8, §. licet, De iure Codicill. l. si quis, 22, De legat. tertio. Disceptatio ex contrarie scriptis nata est. Cuius exemplũ extat in l. si ita scriptũ, 47, De hered. instit. l. Sticus, 2, D. de manumiss. test.

Lex XXII. cum L. XXIV.

TERENTIVS *Clemens libro septimodecimo ad legem Iuliam & Papiam.*

Argumentum.

Postumus sub conditione institutus, si ante ipsius euentum nascatur, rumpit: sin postea, non rumpit.

Lex XXII.

Cum postumus sub cõditione instituitur, si prius quam nascatur, conditio exciterit: non rumpitur testamentum postumi agnatione.

Lex XXIV.

Paulus libro nono Quæstionum.

Postuma sub conditione heres instituta, si péden te conditione viuo patre nascatur, rumpit testamentum.

COMMENTARIVS.

Sub conditione. Fortuita aut mixta, ponitur enim ante ipsum natum accidisse.

Non rumpitur. Disceptatio nascitur ex iuris & æquitatis contentione. Ius summum est, vt filius sub conditione fortuita institutus, nisi in eius defectum exheredetur, in illum casum præteritus videatur. l. 4, D. de her. instit. & l. 4, C. de Instit. & subst. Itaque postumus hic in casum omissum præteritus videbatur: sed cùm eo tépore quo nascitur institutus reperiatur, & alter casus iam ex rerum natura sublatus sit, æquitatis ratio postulauit, vt pro plena hæc institutio habeatur, quod illi regulæ consentaneum est, qua dicebatur, Institutiones benignè interpretádas esse. Quod cùm ita sit, Exheredationum autem contraria ratio sit, non dubitandum putarem, quin si exheres hic postumus scriptus fuisset, quamuis post cõditiónis euentum nasceretur, testamẽtum rumperet: quasi in casum omissum hoc est, in defectum conditionis, præteritus.

Postuma rumpit. Ex iure summo: quia in

casum omissum præterita cencetur: neque, vt in superiore consultatione, casus ille omissus, hoc est, deficidntis cōditionis, peremptus est. vt iam dici non possit, eam quo tempore náscitur reperiri institutam: potest enim casus omissus accidere. Ius autem hac in caussa iccirco seruatur, quia præteritio odiosa est: & si conditio deficeret, præterita postuma reperiertur.

Viuo patre. Hoc quorsum addictum sit, non intelligo. Nam quin idem Iuris sit, si patre mortuo pendente conditione nascatur, dubitandi caussam non video: cum eadem hic ratio, quæ in superiore casu, locum habeat.

Lex XXIII.

Papinianvs *libro duodecimo Quæsti onum.*

Argumentum.

Non si filius exheredatus iterum post emancipationem, vel in nepotis locum à patre arrogetur, iccirco tamen minus exheredatus cencetur. alia est enim veri patris, alia extranei adoptionis ratio.

Filio quem pater post emancipationem à se factā iterum arrogauit, exheredationem antea scriptam nocere dixi. Nam in omni ferè iure sic obseruari conuenit, vt veri patris adoptiuus filius nunquam intelligatur: ne imagine naturæ veritas adumbretur: videlicet quòd non translatus, sed redditus videretur. nec multum puto referre, quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater arrogauit.

COMMENTARIVS.

Antea scriptam. Cùm primum istud legi, ex Latini sermonis ratione locũ sic intellexi, quasi exheredatio ante emancipationem facta fuisset. Simul accedebat, quòd exheredatio in emãcipato res inepta videtur: item vt in extraneo. l. quidam, D. de verb. oblig. Sed postea adnimaduerti Vlpianũ in l. nõ putauit, 8, §. Si quis emãci. D. cont. tab. locum hunc Papiniani commemorantem, ita quæstionem tractare, vt exheredatio post emancipationem facta sit. Vtcunq; autem sit, etsi Papiniani auctoritas permagna est, tamẽ hoc scrupuli subest: primùm quòd filii exheredatio, quæ inuisa & odiosa est, hoc loco interpretatione & argutiis adiuuatur, contra l. cũ quidam, supra eod. Deinde quòd adoptio, quasi agnatio sui heredis, testamẽtum ante factum rumpit. l. 1, infrà. tit. prox. Vnde etiam extranei adoptio exheredationem ante factã extinguęret. d. l. nõ putauit. Tertiò, quòd si extraneo postmodum arrogato nocere exheredatio ante facta nõ debet, multo minus admittẽdũ videtur, vt filio noceat. Sed paulò explicatius tota hæc quæstio tractanda est. Ac primum de institutione videndum: de qua & noster hic proximo §, & Scæuola in l. si qui heres, 18, infrà. tit. prox ita disputãt, vt institutio extranei in eo postea arrogato valeat. Quod meo iudicio ad similitudinẽ legis Velleæ admissum est. Nam cùm Vellea lex eos qui nondũ sui erant, sed futuri sperabãtur, institui

instituị permiserit: iuris similitudine inductum istud arbitror, vt institutio extranei, in eodẽ postea Suitatẽ adepto valeret. Ex quo intelligitur, disceptationem hanc ex Iuris scripti & non scripti contentione natam fuisse. Atque hæc quidẽ de institutione dicta sint: cuius dissimilẽ ab Exheredatione esse rationẽ proximè dictũ est, in d.l. cùm quidã: vt illa benigna interpretatione adiuuetur, hæc verò quoad facultas feret, repudietur. Quod Iurisconsultorum institutũ supra identidẽ retineri vidimus. Itaq; Exheredationẽ in extraneo factã, eidẽ postea arrogato non nocere, dictum est. Sed Papiniani disputationẽ audiamus, Quoniã, inquit, veri patris adoptiuus filius nunquã intelligitur: sed iura naturalia in eo præualent. Quibus verbis, vt opinor, significat, filio ius suum per arrogationẽ non redintegrari: hoc est, Suitatẽ integrã non recuperari: sed talẽ redire per arrogationem, qualis antea fuerat. Quoniam, ait, Si suitatem per hãc arrogationẽ adipisceretur, cõsequeretur, vt veritatẽ imago adũbraret: hoc est, vt fictio veritatem obrueret: quasi consentaneum non sit, eum qui natura & veritate filius est, iã nõ ex natura sed ex fictione filium haberi: & suum in hac familia dici iã non ex natura, sed ex fictione: quasi potẽtior esset fictio, veritate. Qua disputatione, vt nihil argutius ac subtilius excogitari potest: ita difficile dictũ est, non illud concludi, Filii exheredationẽ Papiniani interpretatione & argutiis adiuuari.

Sed

Sed redditus. Vtrum hoc significat, Eodem in statu, iure & qualitate redditus, qua in emancipationis statu erat: an potius: Non translatione in familiam filius illius familias factus, sed in pristinam & suam familiam restitutus: vt non ex nouo fictionis iure filiusfa. habeatur, sed ex naturæ & veritate? Verum vtrocunque modo, siue nouum ius filiifa. adeptus sit, siue pristinũ recuperarit, tamen Suitatem integram obtinet: ac proinde apparet, eum qui suus est, quo tempore suus fuit, præteritum in testamento fuisse.

Loco nepotis. Obiectio fuit, in illud quod dixit, REDDITVM: & qualis antea fuerat talem reuersum. Cùm enim non in filii, sed in nepotis locum arrogatus esset, nõ pristinũ, sed nouum ius adeptus videbatur. Præterea si testamentum propter filiifa. præteritionem non vitiaretur: at certè vt nepos præteritus accrescendi ius haberet. In quo summam video æquitatem: Papiniani autem subtilitate exheredationem adiuuari.

§. *Si Titius.*

Institutio extranei in eodẽ postea arrogato valet. l si qui heres, 18, infrà. tit. prox. Cuius rei æquitas superius exposita est.

LEX XXIV.

CAPVT *hoc sub l. XXII interpretati sumus.*

Lex XXV.

PAVLVS *libro duodecimo Responsorum.*

Argumen

Argumentum.

Qui extraneum instituens, addit se cæteros filios exheredare, vnum quem se habere scit, rectè exheredari: alterum quem nescit, non rectè.

Titius testamento heredem instituit, & filium habens sic exheredationem posuit: Cæteri omnes filij filiæque meæ exheredes sunto. Paulus respondit, filium rectè exheredatum videri. postea consultus an videatur exheredatus quem pater putauit decessisse, respondit, filios & filias nominatim exheredatos proponi: de errore autem patris, qui intercessisse proponitur, apud Iudicem agi oportere.

COMMENTARIVS.

Nominatim exheredatos. Ergo hac formula Cæteri filii exheredes sunto: filii nominatim appellati videntur. at illa præcisa, Cæteri exheredes sunto: non videntur: vt in l.1, docuimus.

Apud iudicem. Apud Centumuiros: ad quos de inofficioso testamẽto aget filius: quippe ciuilibus verbis exheredatus. Vt facilè appareat disceptationem ex scripti & sententiæ contentione natam, iuris & æquitatis ratione amplificari. Nam ex scripto ius summum heres institutus vrgebat: quẽ disertis & ciuilibus verbis ritè exheredatum cõstabat: filius verò ex sententia ita pugnabat, vt eam Iuri anteponendam ex æquitatis ratione defẽderet: quia testator verba Ex-

heredationis pronuntians de illo non senserat: sed de cæteris duntaxat. Similiter Vlpianus in l. si instituta, 27, D. de inoff. test. cùm mater filium mortuum existimans, eum præteriisset; tametsi matris præteritio, pro exheredatione numeretur, tamen dandam inofficiosi querelá respódit.

§. *Lucius.*

Argumentum.

Quem testator in vtero esse putans, cùm iam editus esset, heredem instituit, is cùm eodem die natus esset, iure institutus est.

Lucius Titius cum suprema sua ordinaret in ciuitate, & haberet neptem ex filia prægnantem rureagentem: scripsit id quod in vtero haberet, ex parte heredem, quæro cum ipsa die qua Titius ordinaret testamentum in ciuitate, hora diei sexta, eodem die albescẽte cælo rure sit enixa Meuia masculum, an institutio heredis valeat, cùm quo tempore scriberetur testamentum, iam editus esset partus. Paulus respondit, verba quidem testamenti ad eum pro nepotem directa videri, qui post testamentum factum nasceretur. Sed si vt proponitur, eadem die qua testamentum factum est, neptis testatoris antequam testamentum scriberetur enixa esset, licet ignorante testatore, tamẽ institutionem iure factam videri, rectè responderi.

COMMENTARIVS.

Neptem ex filia. De postumo ergo alieno hic

agitur: cui heredi instituto cum ius Ciuile deesset, bonorum possessionem Prætor addicebat. §.1, de bon. poss.

Id quod in vtero haberet. Vnde nata disceptatio est: cùm scriptū hoc aduersarius vrgeret: Pronepos verò sententiam: quasi de eo partu testator sine dubio sensisset. Vt autem superiore, sic etiam hoc casu æquitatis ratione disputatio amplificatur. Nam aduersus Iuris summi & scripti argutias æquitas sententiæ & exploratæ voluntatis pugnat.

Hora diei sexta. Meridie.

Albescente cælo. Prima luce. Cæsar lib. de bello ciuili.1, Cæsar exploratis regionibus albente cœlo omnes copiás educit.

Verbá quidem. Quod in vtero haberet.

Eadem die. Quasi eadem dies pro momento computetur. quid igitur si eadem quidem dies fuisset, sed non naturalis, verum ciuilis: hoc est, enixa hæc mulier fuisset ante diluculum post sextam superioris noctis horam? Sane Paulus aliud se responsurum fuisse significat: sed cùm de testatoris voluntate constet, putarem istas λεπτολογίας de testandas, &, vt cordatis viris indignas, repudiandas esse.

Lex. XXVIII.

Tryphoninus libro vincesimo disputationum.

Argumentum.

Filius fa. pendente fortuita institutionis exheredationisque conditione decedens, heres ab intestato est.

Filius à patre cuius in potestate est, sub conditione quæ non est in ipsius potestate, heres institutus, & in defectum conditionis exheredatus, decessit pẽdente etiam tunc conditione tam institutionis quam exheredationis. dixi heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum viuit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit. herede autem scripto ex parte filio, coheres post mortem filij institui potest.

COMMENTARIVS.

Et in defectum. Id quod necessarium fuit. l. iam dubitari, 86, D. de hered. inst. & l. 4, C. de im pub. & al. subst. vnde prima Enuntiatio sumi potest: Filiamfa. rectè sub fortuita conditione institui, si modò in eius defectum exheredetur. De potestiua vide l. 4, D. de hered. instit. De vtraq; l. libertus, 20, §. existimo, D. de bonis liber.

Ab intestato. Id est, iniustum testamentum esse: vt pote in quo non rectè exheredatus sit filius.

Dum viuit. Hoc significat: sed post mortem suam exheredatus est, quæ exheredationis formula improbatur l. 4, in fin. infrà, de hered. instit. l. si ita scriptum, 13, in fin. suprà eod.

Ab intestato mortuũ. Seq. 11, Filiusfa. pẽdẽte institutionis exheredationísue fortuita cõditione mortuus, ab intestato heres est. Disceptatio autẽ ex scripti & sẽtẽtiæ cõtẽtione nascitur: vt intẽtio sit: Non rectè exheredatus est. D. Imo rectè. Q. Recténe an secus. R. Quia iussus est exhe-

res esse, si se, nauis nō veniret: Ipso autē viuo nō venit. Ergo ita exheres est, quasi scriptū esset, Si eo viuo nauis nō venerit. F. Imo cū tēpus nullū præfinitum sit indefinitè intelligendum est, siue viuo, siue mortuo eo conditio deficiat. Cùm igitur conditio non nisi post mortem defecerit exheredatio post mortem collata, ac proinde non rectè concepta intelligitur. Nam exheredatio non ritè concepta pro præteritione numeratur. Nam igitur per se & simpliciter hæc institutionis exheredationísue formula improbatur: sed ex euentu & per accidens. Nam si conditio vel moriēte filio extitisset, improbata formula fuisset. Sed in caussa positum à Tryphonino est, filium pendente conditione decessisse. Quare disputatio l. vlt. D. de cond. inst. in qua agitur de conditione dandi quæ moriendi momento impleri potest, nihil ad hunc locum pertinet.

Herede autem. Hanc appendiculam ineptissimè Tribonianus reliquit. Nam ad proximam disputationem non nisi casu quodam &(vt vulgo loquimur) ex incidēti pertinet. Sed cùm Triphoninus sermonem instituisset de institutionibus & exheredationibus post mortem collatis, eámque variè & copiosè tractaret, partē quoque hanc subiunxit: Quamuis neque heres quis post suam mortem institui possit: l. extraneum, C. de impub. neque heres heredi attribui, iure directo, & sine fidei commisso: §. vlt. de pup. subst. tamen potest quis post heredis ex parte scripti

mortem, ei coheres attribui. Quod (vt opinor) sic intelligendum est, vt filius ex sua duntaxat parte heres sit: interea tamē vniuersa hereditate fruatur: suámque partem moriens ad heredes suos transmittat. Coheredi autem sibi ascripto, partem attributá solidá relinquat. Obstat tamē quod hereditas ex die relinqui non potest: l. hereditas, 34, D. de hered. inst. Itaque quod tū hoc loco, tum etiá in l. qui filio, 38, eod. traditur, meo iudicio ex bono & æquo contra Iuris summi rationem in testamēti fauorem receptū est: & disceptatio in hac caussa ex illo fonte deducta.

§. *Filius familias*. I.

Argumentum.

Qui aui morte in patris delabitur potestatem, testamentū ante factum, si præteritus fuerat, rumpit. sin autē institutus, aut exheredatus nequaquam.

Filiusfa. miles de castrensi peculio fecit testamētum, habēs filiū in eiusdem potestate: cùm militare desisset, patre eodémque auo defuncto: quæsitū est an rumpetur eius testamentū. Nō quidē adoptauit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede, vlterior successit in proximū locum: sed tamen in potestate sua habere coepit quem non habebat: simúlque paterfa. factus est, & filius sub eius recidit potestatem. rumpetur ergo testamentum. sed si heres sit institutus, vel exheredatus iste eius filius, non rumpitur: quia nullo circa eū nouo facto, sed ordine quodā naturali nactus est potestatē.

Commentarivs.

Fecit testamentum. Non more militari, sed iure cōmuni. alioqui cùm hic testator militare desierit, nihilominus instituto exheredatóque filio, testamentum interci deret. Nam militare testamentum paganitate rumpitur. l. quod constitutum, 21, & l. si filius, 33, §. sed siquidem, D. de test. mil. In quo cùm huius legis difficultas posita sit: tamen mirum est id ab aliis omnibus obseruatum non fuisse.

Militare desiisset. Non tantū missionem impetrasset, sed planè paganus factus esset. Nam intra annū missionis militare testamentum valet. l. quod dicitur, 38, D. de test. mil.

An rumpetur. Propter veterem regulam, qua dicebatur, adeptione Suitatis testamētum rumpi. cuius exēpla quinque Vlpianus exponit cap. Inst. xxiii. Agnationem, Adoptionem, In manum conuētionem, Successionem in locum sui heredis, & Manumissionem. Hic enim sexta species proponitur: cùm aui morte nepos Suitatem in filii familia consequitur. sed cùm hic casus rarus sit, & ad castrense tantū peculium pertineat, nulla eius propemodum ratio ducitur.

Non quidem adoptauit. Hoc quorsum pertineat, ingenuè fateor me nō intelligere. Nam vt maximè adoptarit, tamen eadem adhibenda erit distinctio: Vtrúmne præteritus an exheredatus fuerit. l. filio, 23, §. vlt. suprà eod. & l. si qui heres, 18, infrà tit. prox. quod idem in agnatione &

suc-

ſucceſſione iuris eſſe, poſt legē quidē Velleam, nemo ignorat. Nam Suitatem adipiſcens, ſi præteritus fuerat, rūpit: ſin minus non rumpit: quorſum ergo iſta ratiocinatio?

Et filius ſub eius. Particula hæc redundat. nam ſub prima comprehenſa eſt.

Rumpetur ergo. Quod nam hoc concluſionis genus eſt? quaſi Suitatis adeptio teſtamentū ante factum omni modo rumpat: cùm ſatis cōſtet, niſi admiſſa præteritio ſit, non rumpi.

Sed ſi heres. Ergo ſi præteritus eſſet, rumperet neque obſtat, quòd teſtatoris militis præteritio pro exheredatione valet: partim quia teſtator hic militare deſiit: vnde illud priuilegiū ceſſat: partim, quia (vt ſuperius diximus) oportet non more militari, ſed iure communi teſtamentum hoc factum fuiſſe.

Si heres inſtitutus. At in omnibus ſuperioribus Suitatis adipiſcendæ generibus, idem omnino iuris fuit.

Nullo circa eum nouo facto. Genus ſermonis Tryphoninicum: hoc eſt, hominis Græcè quam Latinè doctioris. Sed vt verba omittamus, rem ſpectemus: equænam iſta rationis ſubiūctio eſt? cùm apertiſſimè duo noua circa eum facta conſtet. Nam & in poteſtatem teſtatoris venit, qui antea non erat: & Suitatē adeptus eſt, qui prius non habebat. Vnde Vlp. in l. ſi filius, 33, in fine. D. de teſt. mil. liquido ſcribit, filium hunc teſtatori nouū nunc primum heredem agnaſci. Plus

ergo

ergo noui in huius nepotis persona, quàm in eius qui successione auo suus factus est, accidit. Nam is antea in potestate & manu aui erat. Non igitur ob eam caussam non rumpit, quia nihil in eius persona noui contigit: sed quia institutus reperitur, quem institutũ oportuit. Deniq; vt superius in l. filio, 23, docuimus: ius istud ex similitudine legis Velleæ inductum est, vt rectè instituerentur exheredarentúrue ii, qui sui heredes nondum erant: sed postea sui quoquo modo facti sunt. modos autẽ superius sex enumerauimus. Quanquam ecce alia tergiuersatio. Iam enim animaduerto, verba hæc CIRCA EVM, ad testatorẽ pertinere. Verum in hoc vis nulla est. Nã & paterfamilias factus est, qui non erat: & suum heredem habere cœpit, qui antea non habebat. Vtrocunque igitur modo, noui quid in ipsius persona factum est. Duplex autem aduersus hanc legem grauis obiectio est: quarũ tamen vtranque nostri summo silentio prætereunt. Prior hæc est, quòd militare testamẽtum paganitate rumpitur. Altera quòd filiorumfam. de castrensi peculio testamentum ad alias res non pertinet. l. ex militari, 11, & l. miles, 12, D. de test. mil. Atque ob eam caussam absurdè quæri videbatur, an huius nepotis exheredatio etiã in aui bonis valeret. Ergo respondẽdum est, testamentum istud à milite quidem, sed non militari more, verùm communi iure factum fuisse. cuiusmodi testamẽta neque paganitate rumpun-

tur, & ad cætera bona omnia valent.

§. *Si quis ex certa.*

Hac de re superius in fine l. siquis postumos, 9, satis abundè explicatum arbitramur.

§. *Si quis eo.*

Argumentum.

Nasciturus ex ea quæ testamenti tempore testatoris vxor esse non poterat, sed vt aliquando posset spes erat, rectè instituitur.

Si quis eo tempore quo nondum eius vxor esse posset, testator natum ex ea scripsit hered ẽ: an postea contracto licito matrimonio natus, heres ex testamento esse possit, quæritur: veluti si scribas hodie heredem, qui tibi ex Titia natus erit: quando Titia ancilla, vel minor annis viginti quinque ea cuius pater tuus tutelam administrauit, aut tutor tu ipse fuisti. Postea Titia vxor iusta tibi fuerit, vel libertatem adepta, aut tempore annorum viginti quinque, & vtilis anni, & rationũ allegatione: an natus heres esse posit? nemo certè dubitabit, ex Titia qua tunc propter tenorem ætatis vxor duci non potuit, quando testamentum fiebat, natum postea ea vxore ducta, heredem esse posse. Et generaliter nato post testamentum herede scripto, aditus est ad hereditatem, in qualicunque statu testamenti faciendi tempore fuit, qua postea testatori ciuiliter nupta est.

COM-

COMMENTARIVS.

Natum ex ea. Pro, Nasciturum. De postumis intelligit, vtriusque generis: sed præsertim de Velleanis.

Tempore annorum. Vide l.si patris, 6, C.de interd.mat.l.non est, 66, D.de ritu nupt.

Vtilis anni. Quo in integrum restitutio peti potest.

Tenorem ætatis. Tryphoninica locutio, pro, Teneritatem ætatis.

Heredem esse. Disceptatio ex scripto & sententia nata est. Scriptum erat ex illo Iurisconsult. placito: de quo in l.4, suprà eod. Ius est omni masculo, postumum suum heredem instituere, siue is maritus sit, siue nondum vxorem duxerit. Nam hanc particulam, Nondum vxorem duxerit, ita interpretabantur, Quam tum habere in matrimonio potuisset. Aduersarii contrà, quòd indefinitè scriptum erat, indefinitè accipiendũ disputabant.

§. *Quid autem.*

Argumentum.

Partes pluribus postumis attributæ, vni agnato debentur omnes.

Quid autem si filium post testamentum natum ex besse, filiam autem post testamentum natam ex triente scripsit heredem, nec vllum coheredem dedit nec substituit inuicem alium? vnus natus solus ex testamento fit heres.

Post testamentum natum. Pro Nasciturum, vt suprà prox. §. Sed absurdum est hanc quæstionem ita ieiunè atque exciliter tractare. quapropter coniungenda erit l. Clemens, 81, D. de hered. instit. Porro illud perulgatum est, eum qui certæ rei heres instituitur, coherede nō dato, bonorum omnium hereditatem obtinere. l. coheredi, 41, D. de vulg. subst.

Nec vllum coheredem. Quod videtur propter Iuliani disputationem adiunxisse: de qua in l. si ita scriptum, 13, suprà eod. Tum enim vno agnato postumo, tamen as expletus est.

Lex Gallus, XXIX.

HVIVS l. interpretationem in commentario sex legum obscurissimarúm posuimus: quem commentarium idem hic Typographus edidit.

Lex XXX.

GAIVS *libro septimo decimo ad Edictum prouinciale.*

Argumentum.

Filii, qui in potestate est, præteritio testamentum vitiat.

Inter

Inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis vel exheredandis: ne præteritis istis rumpatur testamentum. nanque filio qui in potestate est præterito, inutile est testamentum.

COMMENTARIVS.

Rumpatur. Imo, Vitietur. vt l. 1, infrà tit. prox. Verum hæ verborum proprietates disciplinæ caussa obseruantur. §. 3, Quib. mod. test. inf. sed quæri potest cum ipso iure heredes sint, quorsum ita præcisè exigatur, vt à patre instituantur. Respondendum est, Ius istud à Iurisconsultis inductum fuisse: qui obliuione præteritos filios interpretabantur.

Qui in potestate. At emancipati præteriri iure Ciuili poterant, prætor tamen eis præteritis bonorum possessionem contra tabulas detulit: Exheredatis non detulit. l. non putauit, 8, D. cōt. tab. sed inofficiosi querelam reliquit. l. si post mortem, 10, §. Exheredati. cod.

Lex XXXI.

PAVLVS *libro secundo ad Sabinum.*

Argumentum.

Filii captiui præteritio testamentum rumpit.

Dum apud hostes est filius, pater iure fecit testamentum, & rectè eum præterit: cùm si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum.

COMMENTARIVS.

Cautius est filium, quamuis hostium seruum, instituere, aut exheredare. Nam si ibi decedat, nihil ea res nocet. sin redeat, præteritus rumperet. l. illa institutio, 32, §. D. de here. inst. l. si quis, 9, §. 1, suprà eod. l. si quis, 6, §. sed si pater, infrà tit. 1.

Lex vlt.

MARCIANVS *libro secundo Regularum.*

Argumentum.

Si suus exheredato emancipato prætereatur, frustra contra tabulas petetur: sed vterque ab intestato veniet.

Si filio emancipato exheredato, is qui in potestate est præteritus sit: ipse quidem emancipatus si contra tabulas petat, nihil agit; ab intestato autem & suus & emancipatus venient.

COMMENTARIVS.

Nihil agit. Quia eius testamenti in quo suus præteritus est, tabulæ nullæ sunt. Contra tabulas autem quæ datur, datur contra testamentum, contra lignum.

Ab intestato. Vnde liberi: vt Vlpianus hanc eandem caussam tractans, scribit in l. 1, §. vlt. D. vnde lib. vbi caussam asscribit; quasi nullas pater tabulas reliquisset. Vnde intelligitur Disceptationem ex contrariè scriptis natam esse: quorum alterum est, Emancipato exheredato que-

relam

relam inofficiosi dari l. si post mortem, 10, §. exheredati, D. contr. tab. Alterum, Eius nullas esse tabulas qui suum heredem præterierit. Quod autem ex hac l. & d. §. vlt. l. 1, D. secund. tab. nonnulli argutantur, clausulam contra tab. ad rescindendum tantummodo testamentum valere, ad bonorum autem possessionem petendam non valere, sed ex clausula Vnde liberi, eam peti: planè nugatorium est. Nam & ex decem clausulis quibus bonorum possessio conceditur, Contra tabulas, secunda est: & Vnde liberi, ex caussa intestati datur: illa ex testati. Denique hæc nunquam nisi cùm testamenti tabulæ nullæ sunt, conceditur: vt Rubrica ipsa denuntiat. & Vlp. in l. 1, §. 1, D. Vnde lib. sic loquitur: Ita posse eam bonorum possessionem competere, si neque secundum tabulas, neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit. Neque aduersatur l. filium, 20, D. cont. tab. quasi qui emancipatus præteritus clausula contra tabulas satis tutus esset, tamē ex clausula Vnde liberi possessionē petat. Nam Iulianus non in emancipati gratiam id induxit, cui satis per cōtra tabulas cautum erat: sed contra iuris summi rationem ex æquo & bono in filiifa. fauorem ita disputauit: ne (vt ipse ait) testamentum per omnia irritum, ad solam exheredationis notam profecisse videatur.

FINIS.

Errata grauiora sic corrigito. nam leuiora quæ innumerabilia sunt omisimus.

Pag.12.partem aliquam exegerit. pag 13. x xIIII.horis. Kal.pro,post sextam. pag.14.Imo ratum & iustum est. pag.15.testamento facto contingēs. pag.20.Deportatio caput minuit. pag.22.secus existimandum sit. pag.33. Extat autem. pag.34.particula illa ἔργῳ indicari videtur. Superiora autē. pag.35.vbi docetur.regulam. pag.52.relinqui poterat. pag.59. Cuiusmodi alienationes. pag.61.in testium conditione mutationem vitiarentur. in ceteris admitteretur? pag 62.signo siue sculptura. pag.68.vbi tamen Vlpianus. pag.98.interpretatione non adiuuari. pag.107.nonnulli ex antiquis. pag.109.in eorum gradu versatur. pag.122.gradu præcessit. pa.129.de caussis non possint. pag.132.nominatim filium appellari. vulgatam notam. pag.133 Cassiani æquitatem. pag.135.vxori suæ cauisse. pag.136.repudiantis filio. pag.137.illic legatarium. pag.139.attributo,qui partem. ad Geometricam. pag.140.reperienda institutum obseruare. pag.142. filiæ.4:postumo,3: pag.159.difficile dictu est. pag.165.si se viuo nauis.

